Die Klage aus der Grundschuld.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Kurt Friderichs
Referendar aus Elberfeld

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

MARBURG
Buch- und Steindruckerei Köster & Schell
1919.

Referent: Herr Geh. Justizrat Dr. F. Leonhard.

Meiner Mutter.

Gliederung.

I. Teil.

Die Rechtsnatur der Klage aus Hypothek oder Grundschuld.

A. Vorbemerkung.

B. Die wichtigsten Theorien über die rechtliche Natur der Hypothek und Grundschuld.

1. Theorie des Verwertungsrechts.
2. Theorie der Rangsäule von Güthe.
3. Wertteilstheorie von Oberneck.
4. Theorie der Realobligation.
5. Theorie der Schuld mit der auf das Grundstück beschänkten Haftung.
   a.) Haftungstheorie von Puntschart.
   b.) Haftungstheorie von Schwind.
   c.) Theorie der Gläubigerschuld von Schwerin.
   d.) Theorie der dinglichen Schuld von Gierke.

C. Wie haben Klagantrag und Urteil zu lauten?

II. Teil.

Inwieweit können gegenüber der Klage aus der Grundschuld Einreden aus einem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis erhoben werden?

A. Die Bereicherungseinrede.

1. Die Bereicherungseinrede gegenüber dem gewöhnlichen Rechtsnachfolger.
2. Die Bereicherungseinrede bei der Stellvertretung.
3. Die Bereicherungseinrede bei der fiduziarischen Uebertragung.

B. Sonstige Einreden aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis sind unzulässig.

Schluß: Der Unterschied der Grundschuldklage von der Klage bei der Hypothek. (Hierin liegt auch der „praktische“ Unterschied der Hypothek von der Grundschuld).

Literaturverzeichnis.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. 1, 1882, Bd. 2, 1895.

Biermann, Sachenrecht, Kommentar, 1914.

v. Bleichröder, Die Geltendmachung der Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Diss. 1914.

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht 1898.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 3, 1905.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. 3, Sachenrecht, 1908.

Düker, Die analoge Anwendung der Vorschriften der Hypothek auf die Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. 1906

Dümchen, Schuld und Haftung, in Iherings dogmatischen Jahrbüchern, Bd. 54, S. 355 f. f.

Eccius, Pflichten des Hypothekengläubigers, in Gruchots Beiträgen, 36. Jahrgang, 1892, S. 642 f. f.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von R. Leonhard, Bd. 2, 1904.

Eckstein, Der rechtliche Charakter des hypothekarischen Anspruchs und der hypothekarischen Klage, in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß begr. von Busch, Bd. 43, S. 110 f. f., 1912.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Sachenrecht, 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1911.

Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 1912.

Fischer und Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 1910.

Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. 1, 1912.

Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, 1909.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1905.

Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 2, Sachenrecht, 1912.

Grützmann, Die zweite Lesung des Entwurfs eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, im sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 6, S. 721 f. f. 1896.

Güthe, Die Grundbuchordnung für das deutsche Reich, Bd. 2, 1913.

Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung, in Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Herausgegeben von R. und F. Leonhard, Heft 34, 1911.

Hellwig, System des Zivilprozeßrechts, Teil 1, 1912.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Beiträge zum Bürgerlichen und zum Prozeßrecht, 1900.

Hirsch, Die Uebertragung der Rechtsausübung Vervielfältigung der Rechte, Teil 1, 1910.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1905.

Kohler, Substanzrecht und Wertrecht, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 91, S. 155 f. f.

Kommentar der Reichsgerichtsräte Bd. 2, Sachenrecht, 1913.

Kretzschmar, Sachenrecht 1906.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1903.

Last, Zur Lehre von Schuld und Haftung, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 40, S. 515 f. f.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906.

Lutz, Wesen und Geltendmachung des sogenannten hypothekarischen Anspruchs, Diss. 1906.

Maenner, Das Sachenrecht, 1906.

v. Meibom, Zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 74, S. 337 f. f.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1912.

Neumann, Die nicht valutierte Grundschuld, i. juristischer Wochenschrift, Nr. 6, S. 154, 1906.

Nissen, Die Grundstückspfandklagen zwecks Befriedigung und ihr Kostenpunkt, i. juristischer Wochenschrift, Nr. 55, und 56, S. 437 f. f. 1902.

Nissen, Die nicht valutierte Grundschuld, i. juristischer Wochenschrift, Nr. 22, S. 805, 1906.

Nussbaum, Deutsches Hypothekenwesen, 1903.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. 2, 1909.
Oberneck, Das Hypothenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in Veröffentlichungen des Berliner Anwalt-Vereins, Heft 6, 1897.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 3, Sachenrecht, 1906.
Predari, Die Grundbuchordnung, 1913.
Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechtes in Gesetz und Literatur, 1900.
Puntschart, Schuld und Haftung im geltenden deutschen Recht, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begr. von Goldschmidt, Bd. 71, S. 297 f. f.
Rabe, Die rechtliche Natur der Grundschuld im Lichte der Schuld- und Haftungstheorie, Diss., 1912.
Salomon, Ziel und Fassung der Grundpfandklage, Diss., 1913.
Schieb, Die Grundschuld als Sicherung, Diss. 1912.
Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, Bd. 1, 1914.
Schuster, Verkehrshypothek und Grundschuld, Diss., 1909.
v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht, 1911.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, 1899,
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, in Iherings dogmatischen Jahrbüchern, Bd. 50, S. 55. f. f. 1906.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, 1903.
Sohm, Ueber Natur und Geschichte der modernen Hypothek, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 5, Heft 1, S. 1, f. f., 1878
Sommer, Begriff und rechtliche Natur der Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss., 1907.
Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten, 1900.
Staub, Der Tenor im Pfandprozesse, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 27. Jahrgang, S. 707 f. f., 1883.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Sachenrecht, erläutert von Kober, 1912.
Stein, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, Bd. 1, 1913.
Strohal, Schuldpflicht und Haftung, 1914.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. 1, Sachenrecht 1906.

Voss, Klagbitte und Urteilsnorm des Grundschuldanspruchs, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 29. Jahrgang .S. 793 f. f., 1885.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 92. S. 1 f. f., 1902.

Willenbücher, Liegenschaftsrecht und Grundbuchordnung, 1904.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandentenrechts, Bd. 1, 1906

Wolff, Das Sachenrecht, Lehrbuch, 1913.

Wolff, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die deutschen Lebensgewohnheiten, i. juristischer Wochenschrift, Nr. 20, S. 699, 1906.

I. Teil.
Die Rechtsnatur der Klage aus Hypothek oder Grundschuld.

A. Vorbemerkung.

Um die Rechtsnatur der Klage aus Hypothek oder Grundschuld erklären zu können, muß man erst untersuchen, worin das Wesen der Hypothek oder der Grundschuld besteht. Nur dann, wenn man das Wesen des Rechtsverhältnisses kennt, aus dem geklagt wird, ist es möglich, zu sagen, welcher Art die Klage sei, z. B. ob sie eine obligatorische oder dingliche, oder ob sie eine Verurteilungs-, Feststellungs- oder Gestaltungsklage sei. In der Literatur ist kaum eine Einigung über das Wesen der Hypothek oder der Grundschuld erzielt, vielmehr gehen die Meinungen in den wichtigsten Fragen sehr auseinander. Dies ist naturgemäß. Bei der Beschäftigung mit den Grundpfandrechten des Bürgerlichen Gesetzbuches wird man die Erfahrung machen, daß hier verwickelte Rechtsgebilde vorliegen. Trotzdem sie der Gesetzgeber in das Sachenrecht gestellt hat, scheinen viele Ausdrücke aus dem Schuldrecht darauf hinzudeuten, daß sie schuldrechtlichen Charakter haben.

Um nun das Wesen der Grundpfandrechte zu ergründen, sind die verschiedensten Versuche gemacht worden. Die einen Ansichten sind von deutschrechtlichen Rechtsanschauungen getragen, die anderen von römischrechtlichen. Wieder andere nehmen einen rein praktischen, wirtschaftlichen Standpunkt ein. Eins muß hierbei von vornherein festgestellt werden, daß unser modernes Recht an alte Rechtsgedanken anknüpft, aber nur insoweit, als sie unseren heutigen

Bedürfnissen eines hochentwickelten Verkehrs entsprechen. Sind die alten Vorstellungen und Rechtsinstitute noch brauchbar, so nimmt sie unser Recht mit hinüber, sonst geht es eigene Wege. Darum ist es m. E. unrichtig, moderne Rechtsinstitute mit Theorieen erklären zu wollen, die unserem, dem praktischen Leben angepaßten Recht nicht mehr Genüge tun.

Vollends die Grundschuld ist ein durch und durch modernes Rechtsgebilde. Zuerst im hamburgisch-lübeckischen und mecklenburgischen Recht am Anfang vorigen Jahrhunderts auftretend, findet sie in das preußische Recht Aufnahme durch das Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872. Wenn nach den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch die juristische Konstruktion derselben der Wissenschaft überlassen wird[1]), so wird damit nichts anderes gesagt, als daß im Rahmen des praktisch Gegegebenen eine befriedigende Erklärung derselben aufgestellt werden soll. Daher sind die Theorien die besten, die das Gesetz dadurch erklären, daß sie dem wirtschaftlichen Leitgedanken des Gesetzgebers nachforschen. Sie werden dann meist zu praktischhaltbaren Ergebnissen gelangen.

B. Die wichtigsten Theorien über die rechtliche Natur der Hypothek und Grundschuld.

1. Theorie des Verwertungsrechts[2]).

Die Theorie des Verwertungsrechts erblickt in den Pfandrechten des Bürgerlichen Gesetzbuches dingliche Rechte, kraft deren der Gläubiger befugt ist,

---

1) Motive III, S. 610.

2) Häuptsächlich vertreten von Wolff, a. a. O., S. 449 ff. Planck a. a. O. S. 516; Endemann, a. a. O. S. 704; Hirsch, a. a. O. S. 232 ff; Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 463, Anm. 3; Oberneck, R. G. R., S. 19 ff.

die Sache zu verwerten. Die sogenannte „Wertaneignungstheorie“, v. a. aufgestellt von Predari, unterscheidet sich in ihrem Wesen nicht von der Theorie des Verwertungsrechts[1]). Sie sagt nur ganz deutlich, worin das Verwertungsrecht besteht, nämlich in einer Veräusserungs- und Erlösaneignungsbefugnis des Gläubigers und einer Gebundenheit des Eigentümers mit seinem Grundstück zu Gunsten des Gläubigers. Diese Theorien beruhen auf der Einteilung der dinglichen Rechte in Substanzrechte und Verwertungsrechte[2]).

Substanzrechte sind solche dingliche Rechte, die die unterworfene Sache in ihrem Bestande erfassen. Sie verleihen eine unmittelbare Rechtsherrschaft über die Sache. Substanzrechte sind demnach das Eigentum und gewisse das Eigentum beschränkende Rechte: Dienstbarkeiten und andere Nutzungsrechte, wie z. B. der Nießbrauch.

Verwertungsrechte sind alle übrigen dinglichen Rechte. Sie verleihen dem Berechtigten die Befugnis, einer Sache bestimmte Vermögenswerte zu entnehmen. Sonstige Rechte an der Sache stehen dem Berechtigten nicht zu. Das Pfandrecht ist ein solches Verwertungsrecht. Es ist ein dingliches Recht[3]). Hauptsächlich dafür spricht § 1134, wonach der Pfandberechtigte einen Anspruch „gegen jedermann“ auf Unterlassung der Pfandbeeinträchtigung hat; ferner die Stellung im System. Die Herrschaft an der Sache besteht darin, daß der Pfandberechtigte die Sache verwerten kann.

1) Predari, a. a. O., S. 138 f. f.

2) Vgl. bes. Kohler, a. a. O., S. 155 f. f.; ferner Crome, a. a. O., S, 1—3. Wir nennen das Wertrecht nach seinem Zweck „Verwertungsrecht“; ebenso Wolff, a. a. O.

3) Dies h. M. Gegner sind die Vertreter der Realobligation s. u.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch von einem Pfandrecht nur bei beweglichen Sachen und Forderungen spricht. Es ist daher zu untersuchen, ob auch die Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld Pfandrechte im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches darstellen, obwohl es sie nicht ausdrücklich als solche bezeichnet.

In der Literatur und Praxis ist ein Sammelname für diese drei Grundkreditbelastungsformen[1]) gebräuchlich: Grundpfandrecht — im Gegensatz zum Fahrnispfandrecht. Dieser zusammenfassende Name hat seine Berechtigung. Die drei Grundkreditbelastungsformen werden nämlich im Bürgerlichen Gesetzbuch als ein einheitliches dingliches Recht[2]) behandelt, denn sie haben sämtlich die Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück zum Inhalt. Ferner kann eine Verkehrshypothek in eine Sicherungshypothek, eine Hypothek in eine Grundschuld, eine Grundschuld in eine Rentenschuld umgewandelt werden und umgekehrt, ohne daß es der Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten bedarf (§§ 1116, 1186, 1198, 1203). Eine Hypothek verwandelt sich sogar kraft Gesetzes in eine Grundschuld, falls sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht (§ 1177 I). Eine Rentenschuld wiederum stellt nach § 1199 nur eine Abart der Grundschuld dar.

Dieses, wie wir sehen, einheitliche dingliche Recht ist aber nur dann ein Pfandrecht, wenn es inhaltlich gleiche Züge mit dem Fahrnispfandrecht aufweist[3]). Eine Gleichartigkeit ist aber tatsächlich

1) Der Ausdruck „Grundkreditbelastung“ stammt von Oberneck, a. a. O., S. 7.
2) Planck, a. a. O., S. 516; auch Wolff, a. a. O., S. 447.
3) Wolff, a. a. O.

vorhanden. Die Hypothek, wie regelmäßig auch die Grundschuld, haben das mit dem Fahrnispfandrecht gemeinsam, daß sie zur Sicherung einer Forderung bestellt werden. Hier wie dort soll der Sache ein bestimmter Vermögenswert entnommen werden. Das Fahrnispfandrecht kann in eine der drei Grundkreditbelastungsformen umgewandelt werden und umgekehrt, falls an die Stelle des alten belasteten Gegenstandes ein neuer tritt. Nach § 1287 S. 2 erwirbt der Pfandgläubiger, der ein Pfandrecht an einer Forderung auf Auflassung hat, nach der Auflassung eine Sicherungshypothek an dem Grundstück. Es liegen naturgemäß auch Verschiedenheiten zwischen Grundpfandrecht und Fahrnispfandrecht vor. Eine solche kommt u. a. in der Veräusserung des Pfandes zur Geltung. Während sich der Pfandgläubiger beim Fahrnispfand regelmäßig in den ihm vom Gesetz vorgeschriebenen Formen des Privatverkaufs befriedigt, geschieht die Veräusserung des Grundpfandrechts im Wege der Zwangsvollstreckung. Daraus schließt nun Sohm, daß die moderne Hypothek keinen Pfandrechtscharakter habe, da der Gläubiger die Veräusserung nicht selbst betreibe. Aber zu Unrecht. Die Veräusserung geschieht auf Veranlassung des Gläubigers, er ist die treibende Kraft. Nach § 1149 bewirkt er die Veräusserung[1]).

Eine besondere Stellung im Pfandrecht nehmen die modernen Rechtsinstitute der Eigentümerhypothek und der Eigentümergrundschuld ein. Es fragt sich nun, haben auch diese Pfandrechts- und damit Verwertungsnatur?

1) Als Pfandrechte bezeichnen diese Rechte auch: Dernburg, a. a. O., S. 680; v. Schwind, a. a. O., S. 165, 168, 197; Kretschmar, a. a. O., S. 433 f. f; Endemann, a. a O., S. 700 f. f.; Gierke, a. a. O., S. 838; Eck-Leonhard, a. a. O., S. 249 f. f. a. A.: Sohm, a. a. O., S. 19 f. f.; Fuchs, a. a. O., S. 374.

Auch die Eigentümerhypothek und die Eigentümergrundschuld sind Pfandrechte. Der Eigentümer hat mit den anderen Gläubigern zusammen das Grundstück zum Pfand. Nach römischer Rechtanschauung wäre es allerdings ganz unmöglich, daß man an seiner eigenen Sache ein Pfand hat. Unser heutiges Recht läßt aber an unbeweglichen Sachen ein solches Pfand des Eigentümers zu, und zwar aus dem Gedanken der Billigkeit, um ein unverdientes Aufrücken der Nachberechtigten zu verhindern[1]). Setzen wir z. B. den Fall, der Eigentümer hat einen Gläubiger befriedigt, so würde der Nachberechtigte in die freigewordenen Stelle aufrücken, wenn nicht ausdrücklich durch Gesetz die Hypothek für den Eigentümer vorbehalten wäre. Das Gesetz geht sogar noch weiter. Es gestattet dem Eigentümer von vornherein für sich eine Grundschuld an seinem Grundstück zu bestellen, die sogenannte Eigentümergrundschuld (§ 1196). Durch diese Gesetzesbestimmungen wird dem wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers sehr gedient. Hat er nämlich als Gläubiger einen bestimmten Rang an seinem Grundstück inne, so kann er diesen durch Verfügung (z. B. Abtretung oder Belastung) zu seinen Gunsten ausnutzen. Außerdem nimmt er, falls es zu einer Versteigerung kommen sollte, rangmäßig an der Befriedigung aus dem Erlös teil. Aus Letzterem erhellt, daß auch das Eigentümerpfandrecht ein Verwertungsrecht ist. Nur darf der Eigentümer nach § 1197 I nicht selbst die Zwangstreckung betreiben. Der Eigentümer könnte sonst einen ungünstigen Stand des Grundstücksmarkts ausnutzen, indem er in einer Zwangsversteigerung sein Grundstück so billig erstehen würde, daß die nachstehenden Gläubiger ausfallen. Er wäre dann im-

1) Wolff, a. a. O., S. 527.

stande, sein Grundstück unter Mißbrauch seines Rechts von den nachstehenden Lasten zu befreien. Dies will das Gesetz mit Recht verhüten[1]).

Die Gegner der Ansicht, daß die Grundpfandrecht Verwertungsrechte sind, führen aus, der wirtschaftliche Zweck, ein solches Pfandrecht zu begründen, sei gar nicht die Befriedigung aus dem Pfande. Der Grundeigentümer bezwecke, sein Grundstück kapitalistisch auszunutzen, indem er sich darauf Geld leihe. Eine Zwangvollstreckung in sein Grundstück suche der Grundeigentümer. wenn eben möglich, durch freiwillige Zahlung abzuwenden. Der Grundpfandgläubiger andererseits gebe sein Geld auf Hypothek, Grundschuld, um es verzinslich anzulegen und zur bestimmten Zeit zurückzuerhalten. Er setze bei der Bestellung des Grundpfandes voraus, daß der Eigentümer freiwillig zahle[2]). Hiergegen ist einzuwenden, daß bei allen Verträgen der Gläubiger hofft, der Schuldner werde gutwillig zahlen. Danach gäbe es also überhaupt keinen Rechtszwang durch Verträge. Ferner ist es verfehlt, zu sagen, der wirtschaftliche Zweck der Grundpfandrechte bestehe nicht in der Verwertung. Der Gläubiger hat doch gerade im Grundstück ein Pfand, aus dem er sich im Nichtzahlungsfalle befriedigen kann. Wenn dies der Zweck der Hypothek nicht wäre, so wäre nicht einzusehen, warum man sein Geld auf Hypothek, Grundschuld geben würde. Es wäre doch viel einfacher, es als gewöhnliches Darlehen zu geben, da dann die umständlichen Formalitäten des Grundbuch-

---

1) Wolff, a. a. O., S. 523, 524.

2) Salomon, a. a. O, S. 58, und die dort angeführten Autoren.

verkehrs fortfallen würden. Der wirtschaftliche Zweck bei den Grundpfandrechten ist eben auf die Verwertung gerichtet.

Außerdem wird gegen die Theorie des Verwertungsrechts geltend gemacht, sie habe nur das rein wirtschaftliche, nicht aber das juristische Moment im Auge. Der rein wirtschaftliche Standpunkt stütze sich auf den Erfolg, der juristische auf die Form[1]). Es kann nicht zugegeben werden, daß sich die Theorie des Verwertungsrechts nicht auch von dem juristischen Moment leiten läßt. In dem rein wirtschaftlichen Zweck, den die Theorie des Verwertungsrechts verfolgt, liegt ja gerade auch der durch die Natur der Pfandrechte bestimmte juristische Zweck der Verwertung.

Alsdann wird behauptet[2]), die Theorie des Verwertungsrechts vermöge nicht den schuldrechtlichen Einschlag im Grundpfandrecht zu erklären. Diese Behauptung fällt aber damit, daß die Theorie des Verwertungsrechts in den Grundpfandrechten rein dingliche Rechte sieht und nicht obligatorische wie die Theorie der Realobligation.

Weiterhin wird unsere Auffassung, daß die Eigentümerhypothek ein Grundpfandrecht sei, in der Literatur oft bestritten. Es wird vielfach die Ansicht vertreten, daß sie (verselbständiges, qualifiziertes, gebundenes) Eigentum sei. Zu dieser Meinung bekennen sich u. a. Oberneck, Endemann und Gierke[3]).

1) Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 75; Güthe, a. a. O., S. 1709 behauptet, daß die Werttheorie nur die Wirkung, aber nicht das Wesen der Hypothek klar-stelle. Dagegen wendet sich mit Recht Predari, a. a. O., S. 139.
2) Puntschart, a, a. O.
3) S. reichhaltige Literaturangabe bei Oberneck, R. G. R., S. 6, Anm. 1.

Oberneck[1]) geht von dem Satze aus, daß in jeder Bestellung einer Grundkreditbelastung für einen Dritten, wenn auch durch das Recht des anderen gebunden, zugleich die Bestellung einer Eigentümergrundschuld liege. Der Eigentümer sei befugt, auf Grund der Grundbucheinrichtung sein Grundstück in verschiedene selbständige Teile zu zerlegen, die er nun wieder beliebig belasten könne, indem er daran entweder für sich eine Grundschuld oder aber für einen Dritten eine Fremdhypothek bestellen würde. Falle der juristische und wirtschaftliche Zweck der Fremdhypothek weg, so ergebe sich von selbst, daß das dem Dritten überlassene Wertobjekt wieder in das Eigentum des Bestellers zurückkehre. Hieran werde aber infolge grundbuchmäßiger Anordnung ein Sondervermögen gebildet, obwohl in Wirklichkeit nichts anderes vorliege als das Eigentum in der Richtung auf die Aneignung des im Eigentum steckenden Wertes. Dies durch die Grundbucheinrichtung verselbständigte Verwertungsrecht des Eigentümers beruhe auf dem Prinzip des festen Ranges.

Endemann[2]) sieht in der Eigentümerhypothek materiellrechtlich das Eigentum selbst, allerdings in der besonders ausgeprägten Gestalt der Rangordnung. In dem Kampfe mit den Grundpfandrechten Dritter erzeuge das Eigentum Rechtsschutzbehelfe, die in dem Inhalt des Eigentumsrechts schon ruhen, aber erst in diesem besonderen Falle zur Geltung kommen würden. Diese Rechtsschutzbehelfe beständen darin, daß das Eigentum einerseits die Gestalt eines den Grundpfandrechten gleichwertigen Rechtes annehmen und andererseits einen bestimmten Rang einnehmen würde.

---

1) Oberneck, R. G. R. S. 7.
2) Endemann, a. a. O., S. 735, und ebenda Anm. 6.

Gierke wendet hiergegen treffend ein, daß ein Rangverhältnis kein Rechtsinhalt sei[1]). Er vertritt vielmehr die Ansicht, das das Eigentümerpfandrecht seinem subjektiven Bestande nach Eigentumsbestandteil, aber seinem objektiven Bestande nach in Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechts verselbständigt sei[2]).

Gegen die Auffassung, als sei die Eigentümerhypothek ein Eigentumsrecht, sprechen folgende Gründe. Aus § 1113 ergibt sich, daß die Hypothek ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück ist, d. h. also ein Recht auf Zwangserlös, da die Befriedigung ja nach § 1147 im Wege der Zwangsvollstreckung vor sich geht. § 1113 ist aber vom Gesetzgeber absichtlich soweit gefaßt — Zahlen aus dem Grundstück —, damit die Gesetzesdefinition der Hypothek auch auf die Eigentümerhypothek paßt. Die Eigentümerhypothek kann daher kein Eigentumsrecht sein, da die Hypothek als Belastung nie ein Vollrecht darstellt. Auch betont § 1177, daß sich die Eigentümerhypothek in eine Grundschuld verwandelt, und § 1197 nennt den Eigentümer, der für sich eine Hypothek hat eintragen lassen, Gläubiger. Dazu kommt, daß es verfehlt wäre, zu sagen, die Eigentümerhypothek würde bei der Uebertragung aus einem qualifizierten Eigentum zu einer Fremdhypothek. Denn Eigentum bleibt auch bei der Uebertragung Eigentum und kann also unmöglich zu einem das Eigentum belastenden

---

1) Gierke, a. a. O., S. 922, Anm. 13; ebenso Hirsch a. a. O., S. 33.

2) Gierke, a. a. O. Zu nennen ist noch Güthe, a. a. O. S. 1652, der in Anlehnung an seine Theorie der Rangsäule bei der Eigentümergrundschuld ein bloßes Eigentumsrecht annimmt. Dies ist abzulehnen aus obigen Gründen.

Recht werden. Aeußerlich fallen nur die dem Eigentümer hinsichtlich der Geltendmachung gezogenen Schranken beim neuen Gläubiger fort, da kein Grund mehr für sie vorhanden ist. Endlich ist noch zu berücksichtigen, daß der Eigentümer kraft der Eigentümerhypothek befugt ist, dem Erlös den Betrag der ihm zustehenden Hypothek zu entnehmen. Der Eigentümer kraft des Eigentums würde dazu nie berechtigt sein. Diesem verbleibt nur der Rest des Erlöses, der nicht von den Pfandgläubigern in Anspruch genommen wird[1]).

Wieder andere machen geltend, daß bei der Eigentümergrundschuld das Recht ruhe[2]). Aber zu Unrecht. Von einem ruhenden Rechte kann doch nur gesprochen werden, wenn das Recht zeitweilig nicht ausübbar ist. Das Eigentümerpfandrecht ist aber kein ruhendes Recht, da es jederzeit ausübbar ist, wenn auch nur in den dem Eigentümer gezogenen Grenzen[3]).

Vielmehr muß mit Wolff[4]) in der Eigentümergrundschuld ein dem Eigentum gegenüber verselbständigtes, begrenztes Recht an eigener Sache erblickt werden. Es ist also ein neben dem Eigentum bestehendes „selbständiges" Recht, nämlich Pfandrecht[5]).

2. Theorie der Rangsäule von Güthe[6]).

Güthe geht bei seinen Betrachtungen über die Grundpfandrechtsnatur von der Wertaneignungstheorie aus, wonach die Hypothek und Gundschuld ding-

1) Predari, a. a. O.
2) Für (teilweises) Ruhen: Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 303, S. 1250, Anm. 26, S. 1251, Anm. 28.
3) So v. a. Hirsch, a. a. O., S. 156; Predari, a. a. O.
4) Wolff, a. a. O., S. 528.
5) Predari, a. a. O.; Hirsch, a. a. O., S. 200, S. 420, S. 446. Letzterer allerdings unter der Behauptung, daß das „Eigenpfandrecht" dem Eigentümer keine neue Befugnis zuführe, die im Mutterrecht, dem Eigentum, nicht schon enthalten gewesen sei.
6) Güthe, a. a. O., S. 1709, 1710.

liche Rechte sind auf Aneignung des im Zwangsversteigerungsverfahren ermittelten Wertes des Grundstücks in bestimmter Höhe[1]). Diese Erklärung der Hypothek, Grundschuld sei aber unzureichend. Denn das Aneignungsrecht sei kein ausschließliches Recht des Hypothekengläubigers, da auch der Eigentümer ein solches habe in der Werthöhe, die nicht durch Hypothek belastet sei. In Anbetracht dessen vermöge die Wertaneignungstheorie nicht das Wesen der Hypothek klarzustellen, sondern nur die Wirkung derselben; sie lasse nicht erkennen, welchen Inhalt das Recht habe, „bevor" es zur Zwangsversteigerung komme.

Güthe unterscheidet ferner auch zwischen Substanzrecht und Verwertungsrecht. Die Hypothek sei ein solches Verwertungsrecht. Es sei falsch, wolle man den Inhalt der Verwertungsrechte nur darin sehen, inwieweit sie den Wert der Sache ergreifen. Denn dann würden sie in die Rolle der dinglich gemachten Forderungsrechte (Realobligationen) herabgedrückt. Um nun einer derartigen Verquickung von Schuldrecht und Sachenrecht zu entgehen, die sich keineswegs aus dem Gesetz herleiten lasse, müsse man das Verwertungsrecht nicht nur als ein Aneignungsrecht aus der Sache auffassen, sondern auch als ein Recht, das zur Sache in eine bestimmte Beziehung gebracht sei. Diese Beziehung zur Sache bestehe darin, daß das Grundbuchrecht jedem dinglichen Recht, somit auch dem Verwertungsrecht, einen bestimmten Rang angewiesen habe. Dieser Rang grenze nicht nur allein die Rechte der einzelnen Rangberechtigten untereinander ab, sondern regle auch das Rechts-

---

1) Predari, a. a. O., S. 138 ff.

verhältnis zwischen dem dinglichen Recht und dem Eigentümer. Man müsse dies bildlich durch eine Rangsäule veranschaulichen.

Güthe kommt darauf zur folgenden Begriffsbestimmung der Hypothek: „Die Hypothek ist das dingliche Recht an dem Grundstückseigentum in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Rangstelle, auf Grund dessen an den, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist.“ Diese Erklärung stellt Güthe auch für die Grundschuld auf, nur mit dem Unterschied, daß hier die Worte “zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“ weggelassen werden.

Güthe's Behauptung, daß sich das dingliche Recht des Hypothekengläubigers nach der Wertaneignungstheorie nicht von dem Recht des Eigentümers unterscheide, da dieser auch ein Aneignungsrecht habe, ist nicht geeignet, diese Theorie zu Fall zu bringen. Es kann gewiß nicht geleugnet werden, daß der Eigentümer ein Aneignungsrecht hat hinsichtlich des übrigbleibenden Erlöses. Das Recht des Eigentümers ist eben ein vielumfaßenderes als das Recht des Hypothekengläubigers. Das Eigentum bietet ein Vollrecht dar, während die Belastung nur ein inhaltlich beschränktes Recht gewährt. Vergegenwärtigt man sich dies, so genügt vollkommen die Begriffsbestimmung der Hypothek als eines Rechts, kraft dessen der Gläubiger einen bestimmten Wert dem Grundstück entnehmen darf. Es ist nicht verständlich, warum Güthe in dieser Begriffsbestimmung ein dinglich gemachtes Forderungsrecht sieht. Es entfällt daher die Notwendigkeit, auf die Rangordnung näher einzugehen, die eine rechtliche Beziehung dieser Rechte zur Sache herstellen soll, und die wiederum sowohl für das Ei-

gentum, als auch für die Hypothek gelten soll. Endlich vermag auch Güthe's Theorie keine Erklärung dafür zu geben, worin der Inhalt des dinglichen Hypothekenrechts „vor" seiner Ausübung in der Zwangsversteigerung besteht. Der Inhalt dieses dinglichen Rechts besteht eben „in" seiner Ausübung, die kraft Gesetzes nur im Wege der Zangsvollstreckung möglich ist.

3. Wertteilstheorie von Oberneck.[1])

Oberneck sucht nachzuweisen, daß das System des festen Ranges noch unser heutiges Grundbruchrecht beherrsche, und gelangt von da aus zu der „Theorie der der Befriedigung des Gläubigers dienenden Wertteile" sowie zur Feststellung des „Begriffs der Eigentümerhypothek".

Das Dogma des Vorrückens der Nachhypothekare sei vom Bürgerlichen Gesetzbuch fallen gelassen, da die nachstehenden Hypothekengläubiger nicht aufrücken, falls die Hypothek beim Vorberechtigten aus irgend einem Grunde nicht bestehe. Hier sei vielmehr die freigewordene Stelle dem Eigentümer vorbehalten, da er "einen Anspruch darauf habe, daß ihm der in der Hypothek verkörperte Wert erhalten bleibe". Damit bekennt sich aber Oberneck offen zum Prinzip des festen Ranges. Aus diesem Prinzip, das ein Vorrücken der Nachberechtigen ausschließe, sei zu folgern, daß heute nur ein Wertteil des Grundstücks von der Hypothek ergriffen werde, im Gegensatz zu früher, wo stets die Hypothek das ganze Grundstück umfaßt habe. Diese Forderung finde ihre Bestätigung darin, daß bei einer Zwangsversteigerung nur ein solches Gebot zugelassen werde, durch das die bevorrechtigten Gläubiger befriedigt, sowie die aus dem

1) Oberneck, R. G. R., S. 19 ff.; ders., Hypothekenrecht des B. G. B., S. 39 ff.

Versteigerungserlös zu entnehmenden Kosten des Verfahrens gedeckt werden - das sog. geringste Geot (§ 44. Zw. V. G.).

Oberneck versucht sodann, den Begriff der Eigentümerhypothek festzustellen. Der Eigentümer habe durch Bestellung der Hypothek einen Wertteil seines Grundeigentums ausgeschieden, den er nun kraft Gesetzes wieder erhalte. Die sog. Eigentümerhypothek sei daher in Wahrheit gar keine Hypothek, sondern nur ein Bestandteil des Vermögens des Eigentümers, über den er jederzeit verfügen könne.

Die Theorie von Oberneck ist zu verwerfen. Das Prinzip der „festen Pfandstellen" besteht im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr, wenn auch Annäherungen daran in der Eigentümerhypothek zu finden sind. Geht eine Hypothek oder Grundschuld unter, so rücken regelmäßig die Nachberechtigten auf, insbesondere wenn der Eigentümer auf die Eigentümerhypothek durch Löschung derselben verzichtet, oder wenn die Hypothek, Grundschuld durch Rechtsgeschäft aufgehoben werden. Hält man daran fest und macht nicht die allerdings häufig vorkommende Ausnahme zur Regel, daß die Eigentümerhypothek ein Vorrücken nachstehender Hypothekengläubiger nahezu ausschließt, so ist schon aus diesem Grunde die Wertteilstheorie Oberneck's abzulehnen[1]). Ferner ist Obernecks Aussicht falsch, daß als Pfandobjekt nicht das ganze Grundstück, sondern nur eine bestimmte Wertparzelle des Grundstücks haftet. Sie verträgt sich nicht mit dem Wortlaut der §§ 1113, 1191, wonach die Belastung nicht einen Wertteil, sondern das ganze Grundstück ergreift. Diesem Vorwurf entgeht Oberneck selbst dann nicht, wenn er sich darauf beruft, daß auch bei seiner Wertteilstheorie die Hypothek als dingliches Recht „insofern" eine unmittelbare Herrschaft über

das „ganze“ Grundstück gewähre, als der Hypothekengläubiger nach Maßgabe des Zwangsversteigerungsgesetzes das belastete Grundstück zum Verkauf und dadurch das Eigentumsrecht des bisherigen Eigentümers zur Vernichtung bringen könne. Die eben angeführten ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen verlangen aber, daß sich die Belastung auf das ganze Grundstück und zwar nicht in einzelnen Beziehungen, wie Oberneck dies will, sondern in jeder Weise erstreckt[1]). Außerdem ist Oberneck mit Recht entgegengehalten worden, daß seine Wertteilstheorie versage, wenn der Wert durch Vorhypotheken schon ganz absorbiert sei. Es ist doch immerhin der Fall möglich, daß ein Grundstück im Werte von 4000 Mk. mit drei Hypotheken, jede in Höhe von 4000 Mk. belastet wird. Da nach der Theorie Oberneck's die Belastung nur einen Wertteil ergreift, so ist es hiernach nicht ersichtlich, welchen Wertteil die 2. und 3. Hypothek ergreifen soll. Der Wert des Grundstücks ist doch schon durch die 1. Hypothek vollständig absorbiert[2]).

Aber auch hier versucht Oberneck seine Ansicht aufrechtzuerhalten. Das Verkehrsleben bringe es mit sich, daß der Wert einer Sache ein stets wechselnder sei. So könne z. B. eine erststellige Hypothek durch die Ungunst der Zeiten ganz wertlos werden. Außerdem beruhe der Wert einer Sache nur auf der freien Vereinbarung der Beteiligten. Auf den sog. objektiven Wert komme es in der Regel nicht an. Oberneck ist darin zuzustimmen, daß der Wert einer Sache keine allemal feststehende Größe ist. Aber gerade

1) So auch Schuster, a. a. O., S. 59.

2) Eck-Leonhard, a. a. O., S. 310, der die von Oberneck angeführten Gründe wohl scharfsinnig, aber nicht überzeugend findet.

darum ist es sehr gefährlich, wenn Oberneck annimmt, daß die Belastung an einem Wertteile vorliegen soll, der unter Umständen gar nicht besteht.

Nicht zum wenigsten ist auch von der Gegenseite darauf hingewiesen worden, daß nach Oberneck's Auffassung das Eigentum am Grundstück stets nur mit der Eigentümerhypothek zusammen übertragen werden könne, da Oberneck in der Eigentümerhypothek keine Belastung, sondern nur einen Bestandteil des Grundeigentums sehe[1]). Eine Theorie, die aber zu solchen, den Tatsachen nicht entsprechenden Ergebnissen zwingt, kann nicht als brauchbar angesprochen werden.

Oberneck verteidigt seine Meinung allerdings damit, daß das Prinzip des festen Ranges nur durch das Institut, der Eigentümerhypothek vermittelt werde. Falls der frühere Eigentümer die Eigentümerhypothek auch nach der Veräußerung des Grundstücks weiter für sich behalten wolle, so könne er sich doch bei der Grundstücksveräußerung das Verfügungsrecht über den durch die Eintragung gekennzeichneten Wertteil vorbehalten. Darauf ist zu erwidern: Warum kann der Eigentümer, wie dies in der Tat oft vorkommt, beim Verkauf des Grundstücks die Eigentümerhypothek nicht einfach für sich zurückbehalten? Das Prinzip des festen Rangen ist nach Oberneck ein Hindernis, für uns bedeutet es keins, weil wir ein solches Prinzip in unserem Gesetz nicht anerkennen[1]).

---

1) Eck-Leonhard, a. a. O.

2) Gégen Oberneck ferner: Dernburg, a. a. O., S. 690; Fuchs, a. a. O, S. 522; Güthe, a. a. O., S. 1576; Predari, a. a. O., S. 218; Endemann, a. a. O., S. 736; Crome a. a. O., S. 661 ff.; Hirsch a a. O., S. 414 ff.

4. Theorie der Realobligation[1]).

Diese Theorie lehrt, daß der Pfandgläubiger einen „Anspruch auf Leistung der Geldsumme aus dem Grundstücke“ habe. Schuldner sei hier der jeweilige Grundeigentümer. Dies gehe schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, „daß eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen sei“. (§§ 1113, 1191, 1199). Wo aber etwas zu zahlen sei, müsse auch ein Zahler vorhanden sein. Da die Zahlung aus dem Grundstück zu erfolgen habe, so könne dieser Zahler nur der jeweilige Eigentümer des Grundstückes sein. Dieser sei zugleich Schuldner, wie dies das Gesetz mehrfach bestätige.

§ 1147 zeigt aber, wie das Zahlen aus dem Grundstück zu verstehen ist. Er sagt, daß die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung, d. h. in den Formen der Zwangsvollstreckung[2]), geschehen soll. Weiterhin spricht § 1142 ausdrücklich davon, daß der Grundeigentümer zur Zahlung berechtigt, aber nicht davon, daß er dazu verpflichtet ist. Aus diesen beiden Bestimmungen ist zu entnehmen, daß eine privatrechtliche Zahlungspflicht des Eigentümers fehlt. Das Zahlen aus dem Grundstück geschieht durch den Vollstreckungsbe-

1) Für das frühere Recht: Sohm, a. a. O., S. 30 ff.; Voss, a. a. O., S. 806 ff.; für das BGB.: Fuchs, a. a. O., S. 373 ff.; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S 361; v. Schwind, a. a. O., S. 132; Crome, a. a. O., S. 639 ff.; Siber, zur Theorie von Schuld und Haftung, S. 132 ff.; der wie Crome in dem Pfandrecht ein dingliches Wertrecht sieht, neben dem eine Leistungspflicht des Eigentümers einherläuft. Die klagbare Forderung gegen den Eigentümer wird hier Realobligation genannt. Ebenso Grützmann, a. a. O., S. 728.

2) Wolff, a. a. O., S. 450; Geib, a. a. O., S. 146 ff.; Eckstein, a. a. O., S. 118, S. 119.

amten, der die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung in das Grundstück des Eigentümers vornimmt, indem er den Erlös bezw. die Einkünfte dem Gläubiger aushändigt. Ganz abgesehen von der ausdrücklichen Bestimmung des § 1142, kann der Eigentümer gar nicht zur Zahlung aus dem Grundstück verpflichtet sein. Wie wäre es, wenn der Eigentümer freiwillig aus seinem übrigen Vermögen den Gläubiger befriedigt, um eine Zwangvollstreckung in sein Grundstück abzuwenden? Nach der Theorie der Realobligation müßte dann der Eigentümer noch einmal aus dem Grundstück, daher in Wirklichkeit doppelt zahlen Diese Folgerung zeigt die Unmöglichkeit der Annahme einer Leistungspflicht des Eigentümers aus dem Grundstück[1]).

Abzulehnen ist auch Sibers Ansicht, der für ein Leisten „aus der Sache" eintritt dergestalt, daß der Eigentümer mit den Nutzungs- und Verkaufserträgnissen seines Grundstücks zu leisten habe. Hat der Eigentümer aber sein Grundstück verkauft, so ist er, wie Siber selbst zugibt, zur Leistung nicht mehr verpflichtet, da er gar nicht mehr der Grundeigentümer ist. Wie soll er aber hier aus dem Grundstück leisten?. Ferner versagt Sibers Annahme für den Fall, daß das Grundstück gar kein nutzbares ist[2]).

Für die Theorie der Realobligation, wonach der Eigentümer zur Zahlung verpflichtet sei, scheinen in der Tat viele Ausdrücke zu sprechen, die das Gesetz bei den Grundpfandrechten gebraucht. So bezeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch die Hypothek und die Grundschuld als Rechte, „kraft deren eine Leistung

1) s. dazu v. a. Wolff, a. a. O.. S. 451.

2) Siber, a. a. O., S. 141; dagegen: Dümchen, a. a. O., S. 381; Wolff, a. a. O.

gefordert werden kann" (§ 952, II). Ferner kann der Eigentümer Einreden in bestimmten Fällen gegen die Hypothek geltend machen (§§ 1137, 1157).

Macht man sich klar, daß die Zwangsvollstreckung nur auf Grund eines Vollstreckungstitels möglich ist, so ist es verständlich, daß die Klage des Grundpfandberechtigten auf ein Urteil abzielt. Dieses Urteil soll nicht eine Leistungspflicht des Eigentümers, sondern nur ein „Vollstreckungsrecht" des Berechtigten aussprechen. Der der Klage zugrunde liegende Anspruch richtet sich also nicht gegen den Eigentümer als Leistungspflichtigten, sondern gegen den Eigentümer als die Person, die am meisten an der Zwangsvollstreckung interessiert ist, weil sie zunächst von ihr betroffen wird (sog. Gestaltungsgegner[1]). Auch sind die Einreden des Eigentümers bei den Grundpfandrechten keine echten Einreden oder Leistungsverweigerungsrechte, sondern solche Rechte, kraft deren der Eigentümer die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück verhindern kann. Das Fahrnispfandrecht bezeichnet diese Einrede auch genau als das Recht, der Geltendmachung des Pfandrechts zu widersprechen (§ 1160).

Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet noch andere schuldrechtliche Ausdrücke, wie Fälligkeit des Kapitals, Kündigung, Mahnung (z. B. §§ 1141, 1160, 1193). Mit Wolff nehmen wir an, daß es sich dabei nur um eine „terminologische Erleichterung durch Vermeidung neuer Ausdrucksprägung" handelt[2]). Der pfandrechtliche Charakter der Hypothek und Grundschuld bringt es mit sich, daß das Eigentum verstrickt ist zugunsten des Grundpfandberechtigen. Da nun einmal gegen den Eigentümer geklagt wird als denjenigen, dessen Grundstück haftet, so ist es

1) Wolff, a. a. O., S. 453.
2) Wolff, a. a. O., S. 453, III, 2.

ganz natürlich, daß die Kündigung, Mahnung stets an ihn geht, wenn er auch nicht immer der persönliche Schuldner ist. Hier liegt also eine „sogenannte“ Kündigung, Mahnung vor.

Endlich kann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Grundeigentümer in Verzug kommen (§ 1146). Dieser „sogenannte“ Verzug ist auch kein echter Schuldnerverzug, da er nur eine Verzugswirkung kennt, nämlich nur Verzugszinsen. Daß der Eigentümer aber Verzugszinsen zahlt, für die das Grundstück nach § 1118 haftet, entspricht der Billigkeit. Erhält der Gläubiger das Kapital zur bestimmten Zeit nicht, so hat er regelmäßig einen Verlust. Die Verzugszinsen sollen hier einen Ersatz darstellen für die Kapitalnutzungen, die dem Gläubiger entgehen. Dagegen treten die übrigen Wirkungen des Verzugs nicht ein.

Auch in der Zivilprozeßordnung finden sich mancherlei Anklänge daran, daß die Hypothek, Grundschuld scheinbar obligatorische Elemente aufweisen. Im Sinne der Zivilprozeßordnung gilt als ein Anspruch, „der die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat“, auch der Anspruch aus einer Hypothek, Grundschuld (§§ 592, 688, 794 Nr. 5 C. P. O.). Außerdem werden die Rechtssätze über die Zwangsvollstrekkungen in eine Forderung, für welche eine Hypothek besteht, auf die Zwangsvollstreckung in eine Grundschuld entsprechend angewendet (§ 857, VI, C. P. O.). Die Zivilprozeßordnung verfolgt hier den gesetzpolitischen Zweck terminologischer Erleichterung, indem sie Parallelen zieht. Damit gibt sie wohl eine Aehnlichkeit zu, aber gewiß nicht eine Gleichartigkeit. Wolff betont daher mit Recht, daß man einen methodischen Fehler begehe, wolle man diese terminologische Erleichterung in die Annahme einer „Schuldnerschaft“ des Eigentümers umdeuten[1]).

1) Wolff, a. a. O., S. 544 oben.

5. Theorie der Schuld mit der auf das Grundstück beschränkten Haftung[1]).

a.) Haftungstheorie von Puntschart[2])

Mit der Theorie der Realobligation verwandt sind die Haftungstheorien. Sie sind auf den deutschrechtlichen Begriffen der Schuld und Haftung aufgebaut. Diese hat zuerst v. Amira als im deutschen Recht vorhandene nachgewiesen[3]). Schuld nach der deutschrechtlichen Theorie ist ein Leistensollen einer Person. Haftung ein Einstehen einer Person oder Sache für den Fall, daß die Schuld nicht oder in nicht gehöriger Weise erfüllt wird. Diese Begriffe werden nun von ihren Vertretern in verschiedener Weise auf unser heutiges Recht angewendet.

Puntschart macht den Versuch, die „Grundschuld" dadurch zu erklären, daß er ihr die deutschrechtlichen Begriffe „Schuld und Haftung" zugrunde legt. Er sagt ausdrücklich, daß die Grundschuld ein zusammengesetztes Rechtsgebilde sei, das in die beiden Begriffe Schuld und Haftung zerfalle[4]). Bei der Grundschuld sei der Fall einer bloßen Sachhaftung gegeben, während bei der Hypothek neben der Sachhaftung stets eine persönliche Haftung vorhanden sei[5]). Eine Haftung könne aber nur dann vorliegen, wenn eine Schuld bestehe, für die gehaftet werde[6]). Dies sei schon aus dem Gesichtspunkt der innern Zweckverknüpfung gar nicht anders denkbar. Das Kausalitätsgesetz gelte auch hier. Was die Schuld selbst betreffe, so

1) v. Schwerin, a. a. O., S. 5 und S. 6, führt die Literatur über diese Theorie an.

2) Puntschart, der Grundschuldbegriff. Ders., Schuld und Haftung, S. 297 ff. Puntscharts Auffassung schließt sich an: Sommer, a. a. O., S. 57 ff.

3) v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. 1 u. 2.

4) Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 112.

5) a. a. O., S. 57.

6) a. a. O., S. 13.

könnte nur eine Person schulden, da nur eine Person, nicht aber eine Sache, Träger von Rechten und Pflichten sein könne[1]).

Puntschart sucht seine Ansicht nun an Fällen nachzuweisen, die etwa geeignet seien, seine Auffaßung zu entkräften. So scheine allerdings das Institut der Eigentümerhypothek wider ihn zu sprechen. Er macht zunächst eine Unterscheidung zwischen der Eigentümerhypothek im weiteren und derjenigen im engeren Sinne[2]). Die Eigentümerhypothek im weiteren Sinne sei eine solche, bei der der Eigentümer, der nicht auch der persönliche Schuldner sei, den Gläubiger beerbt, die Forderung gekauft oder sie bezahlt habe. In der Hand des Eigentümers würde dann die Fremdhypothek zu einer Eigentümerhypothek. Diese käme hier nicht in Betracht, wohl deshalb, weil ihr eine Schuld, nämlich die Forderung des Eigentümers gegen den Schuldner, zugrunde liegt. Die Eigentümerhypothek im engern Sinne sei dagegen eine solche, bei der der Eigentümer die Hypothek für sich erworben habe, weil die Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen sei. Hier würde also keine Schuld vorliegen. Wie läßt sich aber darauf die Theorie von Schuld und Haftung anwenden?

Puntschart meint nun, daß die Eigentümerhypothek weder Hypothek noch Grundschuld sei. Vielmehr würden nur die Vorschriften über Grundschuld auf sie angewendet. Ebenso sei die von vornherein auf den Eigentümer eingetragene Grundschuld keine echte Grundschuld. Die Eigentümergrundschuld sei in Wahrheit nur ein vorbereitendes Geschäft für eine Grundschuld, aber keine Grundschuld selbst. Sie sei

1) a. a. O., S. 70.
2) a. a. O., S. 62.

nichts anderes als eine Haftung des Grundstücks für eine eventuelle Schuld[1]). Als Beweis dafür führt Puntschart den § 1197 an, wonach der Eigentümer als Gläubiger nicht selbst die Zwangsvollstreckung zu Zwecken seiner Befriedigung betreiben kann. Das Wesen der Grundschuld bestehe aber in dem Vollstreckungsgedanken, dessen gesetzlicher Ausdruck nach § 1191 „das Zahlen aus dem Grundstück" sei. Die Eigentümergrundschuld verfolge ganz andere praktische Zwecke als die gewöhnliche Grundschuld.

Die Ansicht Puntschart's halten wir für irrig. Das Gesetz sagt deutlich, daß sich die Eigentümerhypothek in eine Grundschuld „verwandelt". (§ 1177,I) Diese echte Grundschuld ist, da sie dem Eigentümer zusteht, eine Eigentümergrundschuld. Ebenso ist die von vornherein für den Eigentümer bestellte Grundschuld eine wahre Grundschuld und kein vorbereitendes Geschäft für eine Grundschuld, wie Puntschart meint. Denn es heißt in § 1196,I ausdrücklich, daß eine Grundschuld auch für den Eigentümer bestellt werden kann. Ferner ist Puntschart's Auffassung, daß bei einer echten Grundschuld der Gläubiger „stets" ein Vollstreckungsrecht habe im Gegensatz zur Eigentümergrundschuld, wo ein solches fehle, nicht einmal allgemein richtig. Es ist vielmehr ganz gut möglich, daß durch den Vertrag ein Gläubiger von der Ausübung des Rechts, die Zwangsvollstreckung selbst zu betreiben, ausgeschlossen wird. Der Gläubiger nimmt dann nur rangmäßig an dem Erlös teil[2]).

1) a. a. O., S. 63, S. 64; auch Dernburg, a. a. O., S. 689 ff, vertritt die Auffassung, daß die Eigentümerhypothek-, grundschuld nur eine Haftung des Grundstücks für eine eventuelle Schuld bedeuten.

2) Wolff, a. a. O., S. 496; Plank, a. a. O., S. 602. Letzterer führt mit Recht an, daß obige Abrede nach §§ 1157 894 auch eintragungsfähig sei.

Daß der Eigentümer bei der Eigentümergrundschuld nicht selbst die Zwangsvollstreckung zu Zwecken seiner Befriedigung betreiben darf, folgt übrigens, wie wir bereits schon sahen, aus dem praktischen Grunde, daß der Eigentümer seine Nachmänner nicht benachteiligen soll[1]). Es ist daher nichts weiter Auffallendes. Man kann also nicht in dem Vollstreckungsgedanken das Wesen der Grundschuld erblicken, wie Puntschart dies will. Das Wesen der Grundschuld besteht vielmehr darin, daß der Gläubiger, der unter Umständen auch der Eigentümer selbst sein kann, an der Zwangsvollstreckung auf Grund seines Rechtes auf Zwangserlös beteiligt ist. Unmöglich wäre es, einen Gläubiger durch Vertrag von der Teilnahme am erzielten Erlöse auszuschließen[2]). Also gerade in der Verfolgung des praktischen Zweckes stimmt die Eigentümergrundschuld mit einer gewöhnlichen Grundschuld überein. Wie die gewöhnliche Grundschuld dem Gläubiger, gibt die Eigentümergrundschuld dem Eigentümer das Recht, beliebig über die Grundstücksbelastung zu verfügen, und falls es zur Zwangsvollstreckung kommt, sich nach Rang und Höhe seines Anspruches aus dem Erlöse zu befriedigen. Das Eigentümerpfandrecht ist somit ein gewöhnliches Pfandrecht, bei dem nur die Ausnahme besteht, daß der Eigentümer nicht selbst die Zwangsvollstreckung vornehmen darf[3]).

Ferner zieht Puntschart den Fall betrachtungsweise heran, daß Gläubigerschaft uud Schuldnerschaft durch Vereinigung von Schuld und Forderungsrecht in einer Person zusammenfallen (z. B. der Gläubiger beerbt den Grundeigentümer). Hier geht, wie Punt-

1) Wolff, a. a. O.
2) Wolff, a. a. O.
3) Wolff, a. a. O., S. 529.

schart selbst zugeben muß, regelmäßig die Schuld unter. Bei den Grundpfandrechten sei aber von dieser Regel eine Ausnahme zu machen. Bei diesen sei das Vorhandensein der Schuld stets zu fingieren. Dies gehe schon aus dem Formalprinzip des Grundbuchrechts hervor, das folgerichtig auch in § 1138 beobachtet sei, wo eine Hypothek beim gutgläubigen Erwerber rechtsgiltig sein solle, trotzdem sie beim Vorgänger wegen Fehlens der Forderung nicht zu Recht bestanden habe[1]).

Der Ansicht Puntschart's ist aber auch hier entschieden entgegenzutreten. Mit Fiktionen arbeiten heißt eine Erklärung für etwas aufstellen, was man in Wahrheit nicht erklären kann. Außerdem soll in § 1138 die Forderung gar nicht um ihrer selbst willen als zu Recht bestehend behandelt werden, sondern nur insoweit, als sie für den Bestand der Grundstücksbelastung in Betracht kommt.[2]) Dies verkennt aber Puntschart, wenn er für den Fall der sogenannten Konfusion auf den § 1138 verweist. § 1138 wäre aber überflüssig, wenn bei der Hypothek ein gutgläubiger Erwerb ohne Vorliegen einer gültigen Forderung möglich wäre. Da aber die Uebertragung der Hypothek nach Forderungsrecht geschieht (§ 1153), bei Forderungen aber grundsätzlich kein gutgläubiger Erwerb möglich ist, so mußte in § 1138 besonders normiert werden, daß auch ohne Vorliegen einer For-

1) Puntschart, a. a. O., S. 65 ff. Für die Fiktion der Forderung treten ferner ein: v. Schwind, a. a. O., S. 107; Eck-Leonhard, a. a. O., S 257; Dernburg, a. a. O. S. 736; Planck, a. a. O., S. 508; Fuchs, a. a. O., S. 377, S. 449; Kretschmar, a. a. O., S. 490. Anderer Ansicht: Endemann, a. a. O., S. 726 ff.; Biermann, a. a. O., S. 492 ff. Maenner, a. a. O., S. 364; Staudinger-Kober, a. a. O., S. 778 ff.

2) Wolff, a. a. O. S. 484.

derung die Hypothek gutgläubig erworben werden kann. Nur ist diese sogenannte Hypothek in Wahrheit eine Fremdgrundschuld, da ja die Grundschuld im Unterschied zur Hypothek keine Forderung zu ihrem Bestande voraussetzt. Dabei ist es bedeutungslos, daß diese echte Grundschuld im Grundbuch als Hypothek bezeichnet wird, eine Erscheinung, die ihre Entschuldigung in unserm heutigen Grundbuchsystem findet.[1])

Weiterhin gibt Puntschart zu, daß das Gesetz ausdrücklich von einer Forderung absehe. Denkbar seien allerdings Fälle, in denen die Grundschuld nicht für eine Forderung bestellt werde. Solche Fällen seien aber nur Ausnahmen von der Regel, daß die Grundschuld der Sicherung einer Forderung diene. Man dürfe nicht aus der Ausnahme des Nichtbestehens einer Schuld darauf schließen, daß bei der Grundschuld eine zugrundeliegende Schuld, für die sie hafte, überhaupt unwesentlich sei.[2]) Vielmehr müsse eine solche begriffsnotwendig vorhanden sein, denn eine Haftung ohne Schuld sei ein Unding. In den wenigen Fällen, wo keine Schuld vorliege, sei eine solche zu fingieren.[3]) Eine solche Schuld, bei der von dem Schuldgrund und der Person des Schuldners abstrahiert werde, stelle eine „reine" Schuld dar.[4]) Hier widerspricht sich aber Puntschert selbst. Er behauptet einerseits, daß stets nur eine Person schulden könne, andererseits sieht er von der Person des Schuldners ab.[5])

Zu erwähnen ist noch, daß nach Puntschart die Grundschuld Schuldcharakter ist. Dies bewiesen schon die einschlägigen Vorschriften über Kündigung, Mah-

1) Ebenso Wolff, a. a. O.
2) Puntschart, a. a. O., S. 67.
3) a. a. O., S. 170.
4) a. a. O., S. 62, S. 116.
5) Hein, a. a. O., S. 26, Anm. 4.

nung u. s. f.[1]) Es sei deshalb unrichtig, die Grundschuld als dingliches Recht zu bezeichnen. Eine Schuld sei niemals dinglich. Somit stehe die Grundschuld zu Unrecht im Sachenrecht. Ihr sicherungsrechtlicher Teil gehöre ins Pfandrecht, welches auch wiederum in einem besonderen Obligationenrecht stehen müsse, das als Recht der Schulden und Haftungen aufzufassen sei.[2]) Dies stellt Puntschart de lege ferenda fest.[3])

Puntscharts Lehre ist, weil sie viele Unklarheiten und Widersprüche enthält, nicht geeignet, das im Gesetz normierte Grundpfandrecht theoretisch überzeugend zu erklären. Sie vermag wohl oft beherzigenswerte Richtlinien aufzustellen, aber nicht an Hand des einmal vorliegenden Gesetzes den praktischen Standpunkt des Gesetzgebers theoretisch zu begründen. Zu berücksichtigen ist zudem. daß Puntschart der Grundschuld einen Haftungsbegriff zugrundelegt, den unser heutiges Recht nicht mehr kennt. Er behauptet nämlich, wie wir oben sahen. im Hinblick auf das altgermanische Recht, daß eine Haftung naturgemäß eine Schuld voraussetze. Das ist aber mit der heutigen Rechtsauffassung unvereinbar, wonach eine Haftung ohne Schuld sehr wohl möglich ist.

Unser Recht versteht unter Haftung ein Einstehen einer Person oder einer Sache, bezw. beider zusammen, für einen bestimmten Erfolg,[4]) ohne daß stets eine Schuld vorliegen braucht. Diese wollen

---

1) Puntschart, a. a. O., S. 30 ff.

2) a. a. O., S. 74.

3) a. a. O., S. 9 ff.

4) Nach Strohal, a. a. O., S. 7 ff., ist der Erfolg das „Wofür", die Person oder die Sache das „Womit" der Haftung.

wir „Erfolgshaftung“ nennen,[1]) Sie geht weiter als die Haftung für eine Schuld, sie begreift diese mit ein. In den Fällen, wo dies besonders angeordnet ist, „muß“ auch bei der Erfolghaftung eine Schuld vorliegen (so z. B. stets bei der Hypothek), in den andern Fällen „kann“ eine Schuld bestehen (so z. B. bei der Grundschuld). Die deutschrechtliche Theorie der Schuld und Haftung verlangt aber „stets“ das Vorliegen einer Schuld. Der Vorwurf, der von Puntschart und anderen Vertretern der Haftungstheorie gemacht wird, daß unser Recht nicht scharf zwischen Schuld und Haftung unterscheide,[2]) ist nicht gerechtfertigt. Unser Recht hat gar keinen historischen Begriff in der Haftung aufstellen wollen, sondern einen rein praktischen, der den Bedürfnissen der Jetztzeit möglichst entgegenkommt.[3])

b.) Haftungstheorie von Schwind[4]).

Im Wesentlichen mit Puntschart stimmt v. Schwind überein. Auch er unterscheidet zwischen Schuld und Haftung. Nach ihm sind Leistensollen und Sachhaftung die Elemente der Grundschuld[5]). Auch er nimmt bei der Grundschuld eine Schuld des Eigentümers an. So behauptet er, nachdem er einige Erklärungsmöglichkeiten der Grundschuld erwähnt hat (z. B. Grundschuld als Naturalobligation), daß sich die Sache einfacher gestalten werde, wenn man sich gleich in das „Unvermeidliche“ (!) füge und für Grund- und Rentenschuld, was schon ihr Name besage, das Vor-

1) Richtig, wenn auch abweichend von obiger Ansicht, Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, S. 6 ff., der als Haftung das Unterworfensein des Vermögens unter den Zugriff des Gläubigers bezeichnet.
2) Puntschart, a. a. O., S. 13 ff.
3) Schreiber, a. a. O., S. 5 ff.
4) v. Schwind, a. a. O.
5) a. a. O., S. 136.

handensein einer Schuld auf Seiten des Grundeigentümers annehme. Dann bestehe die Grundstückbelastung darin, daß der jeweilige Eigentümer bestimmte Leistungen schulde, worfür das belastete Grundstück hafte[1]).

Weiterhin behauptet er, daß die Sachhaftung bei der Grundschuld primär und selbständig sei, während sie bei der Hypothek gedankenmäßig abzessorisch zu einer persönlichen Haftung hinzutrete[2])

Schwind's Theorie ist aus den oben bei Puntschart angeführten Gründen abzulehnen.

c.) Theorie der Gläubigerschuld von Schwerin[3]).

Auch v. Schwerin versucht die deutschrechtlichen Begriffe „Schuld und Haftung" zur Wesensbestimmung der Grundpfandrecht anzuwenden. Er geht davon aus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in § 267 den Standpunkt vertrete, es sei bei einer Schuld einerlei, wer die Leistung mache, soweit es sich nicht um eine höchtspersönliche Leistung handle. Daher könne auch ein Dritter, wie z. B. der Grundeigentümer bei der Hypothek, der nicht der persönliche Schuldner sei, die Schuld bezahlen. Letzteres sei noch einmal in § 1142 ausdrücklich klargestellt, wonach der Eigentümer, dessen Grundstück hafte, den Gläubiger befriedigen könne, um die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück abzuwenden. Hiermit stehe das Gesetz aber auf dem Boden der altgermanischen Schuld, wonach das Bekommensollen des Gläubigers auch Schuld sei, nämlich sogenannte „Gläubiger-

1) a. a. O., S. 131, S. 132.
2) a. a. O., S. 137, S. 138.
3) v. Schwerin, a. a. O. Eine Besprechung der Schrift von Schwerin findet sich bei Last, a. a. O., S. 515 ff. Last ist im Ganzen gleicher Ansicht mit Schwerin.

schuld". Das altgermanische Recht lege dabei hauptsächlich Gewicht auf das Bekommen, nicht so sehr auf das Sollen. Ein typischer Fall einer solchen Gläubigerschuld sei in unserem heutigen Recht die Grundschuld. Hier brauche ein Schuldner gar nicht vorhanden zu sein.

An der Theorie der Gläubigerschuld Schwerins ist vor allem auszusetzen, daß sie sich über den Schuldbegriff unseres Rechts einfach hinwegsetzt. Dieser Schuldbegriff ist aber ein feststehender. Eine Schuld ohne Schuldner ist unserm Recht wesensfremd. Auch in § 267 wird, wie bei jeder andern Schuld, ein Schuldner vorausgesetzt. Nur aus rein praktischen Gründen sagt § 267, daß auch ein anderer als der Schuldner zahlen kann, da es dem Gläubiger in der Regel einerlei ist, „wer" zahlt. Hauptsache wird es für ihn meist sein, daß überhaupt gezahlt wird. Aus § 267 aber zu lesen, daß das Prinzip einer reinen Gläubigerschuld auch im Bürgerlichen Gesetzbuch Geltung habe, ist falsch, da im § 267 keineswegs die Schuldnerschuld geleugnet wird[1]).

Wenn Schwerin die Grundschuld als eine Gläubigerschuld hinstellt, so sagt er damit, daß die Grunschuld eine Schuld sei. Seine daran anschließende längere Beweisführung[2]) ist aber schon allein aus dem eben erwähnten Grunde hinfällig, daß das Bürgerliche Gesetzbuch keine Gläubigerschuld kennt. Außerdem spricht dagegen, daß die Grundschuld, wie wir bereits zeigten, keine Schuld ist.

---

1) s. dazu Puntschart, Schuld und Haftung, S. 305, S. 306. Er verhält sich meist ablehnend Schwerin gegenüber. Außerdem führt er Beispiele an, daß sich die Fälle im alten und neuen Recht nicht durchaus decken.

2) Schwerin, a. a. O, S. 18.

d.) Theorie der dinglichen Schuld von Gierke[1]).

Gierke lehnt die Theorie der Realobligation ab, indem er ausspricht, daß das Grundpfandrecht ein dingliches Recht sei, da ihm das Gesetz alle Wirkungen eines dinglichen Rechts zugelegt habe. Er macht bei den Grundpfandrechten ebenfalls eine Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung. Den primären Inhalt des Grundpfandrechts bilde die Sachhaftung. Wie jede Haftung setze auch sie eine Schuld voraus, für die gehaftet werde. Liege keine persönliche Schuld vor, so sei eine „dingliche Schuld" begrifflich notwendig. Diese dingliche Schuld mache mit der Sachhaftung den Inhalt des dinglichen Rechts aus. Daß das Gesetz eine dingliche Schuld kenne, dafür biete es viele Anhaltspunkte. Schon der Name „Grundschuld" allein drücke eine dingliche Schuld aus. Aber auch in der Hypothek stecke neben der persönlichen Schuld eine dingliche Schuld. Die Struktur der Grundpfandrechte weise darauf hin, daß die Hypothek eine Grundschuld sei, bei der stärkere Anforderungen als bei der gewöhnlichen Grundschuld gestellt seien. Denn die Hypothek werde durch eine persönliche Schuld einerseits ergänzt und andererseits inhaltlich bestimmt. Weiter spreche das Gesetz bei den Gruudpfandrechten öfters vom „persönlichen" Schuldner (so z. B. in §§ 1137, 1143). Aus dieser ausdrücklichen Hervorhebung ergebe sich, daß der Gesetzgeber neben dem persönlichen Schuldner einen dinglichen Schuldner habe anerkennen wollen. Nun geht Gierke näher auf das Wesen der dinglichen Schuld ein.

Die dingliche Schuld bei den Grundpfandrechten sei untrennbar mit dem Eigentum verbunden. Werde das Eigentum übertragen, so gehe sie auf den neuen

1) Gierke, a. a. O., S. 855 ff.

Eigentümer über. Sie sei gerichtet auf Zahlung des Geldbetrages, für den das Grundstück hafte[1]). Das Bürgerliche Gesetzbuch behandele die dingliche Schuld wie jede andere Schuld, denn die Vorschriften über Kündigung, Verzug u. s. f. würden auch auf die dingliche Schuld angewendet. Komme es zum Prozeß, so werde der dingliche Anspruch aus der Grundschuld einem obligatorischen Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme gleichgestellt. Hiernach sei es verkehrt, wolle man aus § 1142 schließen, daß der Eigentümer nur zur Zahlung berechtigt, aber nicht verpflichtet sei. Vielmehr begründe jedes Grundpfandrecht ein Leistensollen des Eigentümers und somit einen Anspruch auf Zahlung für den Berechtigten. Erzwingbar sei die Erfüllung dieser dinglichen Schuld nur durch Verwirklichung der Sachhaftung. Es könne daher nicht auf Zahlung schlechthin geklagt werden, sondern nur „auf Zahlung aus dem Grundstück“[2]). Ferner erkläre es sich aus dem sachenrechtlichen Wesen der dinglichen Schuld, daß dann, wenn das Grundstück herrenlos werde oder im Eigentum des Gläubigers stehe, die Schuld ruhe, aber dem objektiven Bestand nach vorhanden sei.

Die Annahme einer dinglichen Schuld ist verfehlt. Eine Schuld kann niemals dinglich sein. Das Gesetz redet auch mit keinem Wort von einer „ding-

1) Wolff, a. a. O., S. 451, Anm. 11, bemerkt hierzu richtig, daß hier also eine dingliche Schuld mit beschränkter Haftung vorliege im Gegensatz zur Theorie der Realobligation, wo die Schuld auf das Grundstück beschränkt sei.

2) Im Prinzip ebenso: Turnau-Förster, a. a. O., S. 701—703; Crome, a. a. O., S. 754; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 361; Letzterer allerdings unter Annahme einer Realobligation. Abgelehnt wird die dingliche Schuld von Schwerin, a. a. O., S. 17, obwohl er sie für theoretisch möglich hält; ferner von Puntschart, Schuld und Haftung, S. 312 ff.

lichen“ Schuld. Auch Gierke's Auffassung, daß bei einem Grundstück, das herrenlos sei oder im Eigentum des Gläubigers stehe, die Schuld ruhe, aber ihrem objektiven Bestande nach vorhanden sei, führt nicht zum Ziel. Man versteht unter „Ruhen“eines Rechts die zeitweilige Nichtausübbarkeit des Rechts. In diesem Sinne verwendet auch das Gesetz diesen Ausdruck, heßt es doch im § 1678 ausdrücklich: „Solange die elterliche Gewalt des Vaters ruht, ist der Vater nicht berechtigt, sie auszuüben“. Ist dagegen das Recht dauernd unausübbar, so ruht das Recht nicht, es ist vielmehr untergegangen.[1]) Gierke's Behauptung ruft somit die Vorstellung wach, daß die Schuld tatsächlich vorhanden, aber zeitweilig nicht ausübbar sei. Dies entspricht aber keineswegs den Tatsachen.

Wäre Gierke's Ansicht richtig, so würde in den Fällen der Eigentümerhypothek, -grundschuld der Grundeigentümer, der Gläubiger ist, zugleich sein Schuldner sein. Dies ist aber rechtlich wie logisch ausgeschlossen, denn niemand kann gleichzeitig sein eigener Gläubiger und Schuldner sein. Gleichfalls vermag Gierke die dingliche Schuld nicht einwandfrei zu erklären, wenn das Grundstück herrenlos wird. Wer soll hier der dingliche Schuldner sein? Gierke's Theorie gibt keine Antwort darauf.[2])

c.) Wie haben Klageantrag und Urteil zu lauten?

Um festzustellen, wie Klageantrag und Urteil zu lauten haben, ist es erforderlich, zu wissen, welchen Inhalt das Rechtsverhältnis hat, aus dem geklagt wird. Denn die Klagnatur ergibt sich aus dem der Klage zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. Die obi-

1) Hirsch, a. a. O., S. 148 ff.
2) s. dazu v. Schwerin, a. a. O.

gen Ausführungen haben gezeigt, daß Hypothek wie Grundschuld als Pfandrechte dingliche Rechte darstellen, und zwar sogenannte Verwertungsrechte. Da die Verwertung im Wege, d. h. in den Formen der Zwangsvollstreckung geschieht, so ist zur Verwertung stets ein vollstreckbares Urteil Voraussetzung. Letzteres wird auf Grund einer Klage erlassen, die gegen den jeweiligen Grundeigentümer als denjenigen gerichtet ist, in dessen Grundstück die Zwangsvollstreckung vorgenommen werden soll. In der Literatur und Praxis sind drei Klagkategorien aufgestellt:

1.) Verurteilungsklage, auch Leistungsklage genannt.
2.) Feststellungsklage.
3.) Rechtgestaltungsklage.

Alle drei Klagen haben das gemein, daß sie Feststellung eines Anspruchs bezwecken.[1]) Aber während die Feststellungsklage nur der Klarstellung eines Rechtverhäitnisses dient, geht die Verurteilungsklage außerdem noch auf Erlaß eines Urteils durch den Richter.[2]) Endlich hat die Rechtsgestaltungsklage noch ein Drittes im Auge: Schaffung einer ganz neuen materiellen oder prozessualen Rechtslage durch richterliches Urteil. Wir entnehmen aus der Rechtsnatur dieser drei Klagen, daß die Rechtsgestaltunsklage am weitesten geht, weil sie neues Recht setzt. Liegt bei der Klage aus der Grundschuld eine Verurteilungsklage vor?

Letztere geht also auf Zweierlei: Feststellung eines Anspruchs und Erlaß eines Urteils durch den Richter. Insoweit hat die Klage auf Verurteilung Aehnlichkeit mit der Klage auf Erlaß eines Vollstreckungsurteils bei ausländischen Urteilen, als beide auf Erlangung eines vollstreckbaren Urteils hinzielen. Der

1) Kleinfeller, a. a. O., S. 262 ff.
2) Enneccerus, a. a. O., I, S. 556.

Anspruch aus der Verurteilungsklage kann sowohl ein obligatorischer als auch ein dinglicher sein. Daher ließe es sich mit unserm Standpunkt, nämlich daß Hypothek und Grundschuld rein dingliche Rechte darstellen, wohl vereinbaren, hier eine Verurteilungsklage anzunehmen. Jedoch spricht folgendes Bedenken dagegen: M. E. berücksichtigt diese Klagetype nicht genug, daß die Klage aus der Grundschuld nicht bloß materielle Verurteilung des Eigentümers bezweckt, sondern in erster Linie die Schaffung eines Vollstreckungstitels als der gesetzlichen Voraussetzung für die Verwertung von Hypothek und Grundschuld. Jedenfalls irrig ist es, wenn Vertreter der Theorie der Realobligation in der Klage aus der Grundschuld eine obligatorische Klage erblicken. Es ist daher falsch, wenn hauptsächlich Letztere den Klagantrag dahin fassen: den Eigentümer auf Zahlung, bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung, zu verurteilen,[1]) oder dahin, den Eigentümer zur Zahlung aus dem Grundstück zu verurteilen.[2]) Die Fassung der „Zahlung aus dem

1) Dies die übliche Formel der preußischen Praxis; ferner Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 1197; Turnau-Förster, a. a. O., S. 701, der außerdem für die Fassung eintritt, daß der Eigentümer zur „Zahlung aus dem Grundstück“ zu verurteilen sei.

2) Turnau-Förster, a. a. O., Fuchs, a. a. O., S. 391; Neumann, Handausgabe des B. G. B., I, S 918; Willenbücher, a. a. O., S. 148; Nussbaum, a. a. O., S. 114; auch Hellwig, Anspruch, S. 361, Anm. 50, während er sich später in seinem „System“ zur Duldungsformel bekennt; Crome, a. a. O., S. 756, der auch wahlweise Duldungsformel zuläßt; Siber, in seinem „Rechtszwang“ S. 211, S. 212 läßt neben einer Feststellungsklage auch eine Leistungsklage zu. Diese Auffassung verwirft er in seinem Aufsatz „Zur Theorie von Schuld und Haftung“, a. a. O., S. 147—149. Hier bekennt er sich nur noch zur Leistungsklage.

Grundstück“ stimmt allerdings am meisten mit dem Gesetzeswortlaut überein. (§§ 1113, 1191). Hiergegen ist freilich einzuwenden:[1]) Der Gesetzeswortlaut in §§ 1113, 1191 ist vom Gesetzgeber absichtlich soweit gewählt, damit darunter auch die Eigentümerhypothek, -grundschuld fallen. Es wäre aber nicht angebracht, die Klagformel ebenso unbestimmt zu fassen. Soll doch gerade die Klagformel deutlich erkennen lassen, welche Rechtsnatur die Klage aus Hypothek, Grundschuld aufweist. Zudem bekämpft mit Recht Hein[2]) die Klagfassung der „Zahlung aus dem Grundstück“ als methodisch verfehlt, da naturgesetzliches Geschehen in eine Klagformel nicht hineingehöre. Das Zahlen aus dem Grundstück setze sich aber aus naturgesetzlichen Vorgängen zusammen, wie z. B. dem Wachsen und Verkauf von Früchten des verpfändeten Grundstücks.

Wir wenden uns jetzt dem Standpunkt zu, daß die Grundpfandklage eine Feststellungsklage sei. Anhänger dieser Ansicht sind v. a. Dernburg, Nissen und Stammler.

Die Auffassung der Klage aus Hypothek oder Grundschuld ais Leistungs- oder Duldungsklage bekämpft mit Entschiedenheit Dernburg.[3]) Im römischen Recht habe die hypothekarische Klage auf Herausgabe der Pfandsache an den Kläger abgezielt, also auf eine Leistung des Beklagten. Heute sei dies unstatthaft, da der Eigentümer immer nur berechtigt, aber nicht verpflichtet zur Zahlung sei. Auch könne der Eigentümer nicht auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt werden. Denn es könne niemals

1) S. auch Eckstein, a. a. O., S. 119; Kipp zu Windscheid, a. a. O., sieht in obiger Fassung ein sehr dunkles Bild.
2) Hein, a. a. O., S. 28, Anm. 2.
3) Dernburg, a. a. O., S. 787, S. 788.

der Inhalt einer privatrechtlichen Verpflichtung sein, die Zwangsvollstreckung zu dulden. Vielmehr habe der Klagantrag dahin zu gehen, dem Beklagten gegenüber festzustellen, daß die hypothekarischen Ansprüche des Klägers in das Grundstück vollstreckbar seien.

Wie Dernburg sieht auch Nissen[1]) den Inhalt der hypothekarischen Klage nicht in der Pflicht des Eigentümers, die Zwangsvollstreckung zu dulden. Dies sei schon deshalb nicht der Fall, weil jene Pflicht als solche des öffentlichen Rechts sich aus der Zwangsvollstreckung selbst mit deren Einleitung ergebe, also ein Bedürfnis, sie durch Urteil festzustellen, nicht bestehe. Es könne sich daher nur um eine Feststellung handeln, daß diejenigen Anforderungen erfüllt seien, die das Gesetz für die Einleitung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück hinsichtlich der Forderung des Gläubigers stelle. Die Befriedigungsklage sei eine Feststellungsklage gemäß § 256 Z. P. O.

Stammler[2]) nimmt ebenfalls eine Feststellungsklage dahingehend an, daß der Beklagte verpflichtet sei, anzuerkennen, daß wegen der eingeklagten Summe die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück vorgenommen werde.

In der Grundpfandklage eine Feststellungsklage zu sehen, ist m. E. nicht richtig. Die Grundpfandklage ist doch gerade deshalb angestrengt worden, um einen Vollstreckungstitel zu erlangen. Eine Fest-

1) Nissen, a. a. O., S. 437, 438; Lutz, a. a. O., S. 62 ff.; hält in Anlehnung an Nissen das Hypothekenurteil für ein Feststellungsurteil. Vertreter der Feststellungsklage sind außerdem: Gierke, a. a. O., S. 855; Hirsch, a. a. O., S. 455 ff; Dümchen, a. a. O., S. 414; Fischer Schäfer, a. a. O., S. 78. Die beiden letzteren sind aber auch für Duldungsformel.

2) Stammler, a. a. O., S. 66.

stellungsklage liefert aber niemals einen Titel zur Zwangsvollstreckung. Denn die Feststellungsklagen bezwecken nicht Befriedigung, sondern nur Klarstellung eines Rechts[1]). Dies verkennt Hirsch[2]), wenn er meint, aus dem Pfandurteil, obwohl es Feststellungsurteil sei, könne vollstreckt werden. Jedes Leistungsurteil sei „auch" Feststellungsurteil, weil es die stillschweigende Feststellung enthalte, daß die Zwangsvollstreckung in alle dem Beklagten gehörenden Gegenstände zulässig sei. Das Urteil im Pfandprozeß sei „nur" Feststellungsurteil und zwar des Inhalts, daß die Vollstreckung in einen bestimmten, dem Beklagten gehörenden Gegenstand zulässig sei. Wenn aber das Leistungsurteil einen Vollstreckungstitel liefere, so müsse auch aus dem Feststellungsurteil die Zwangsvollstreckung möglich sein. Es kann nicht geleugnet werden, daß jedes Leistungsurteil schon eine stillschweigende Feststellung der Vollstreckbarkeit enthält. Es enthält eben Feststellung und Verurteilung. Aber trotzdem ist es falsch, wenn Hirsch von dem Leistungsurteil auf das Feststellungsurteil schließt. Denn das Leistungsurteil ist grundverschieden von dem Feststellungsurteil, weil es eine ganz andere Tendenz aufweist.

Ferner spricht gegen die Annahme einer Feststellungsklage, daß nach § 592 Z. P. O. auch im Urkundenprozeß ein Anspruch aus Hypothek oder Grundschuld eingeklagt werden kann. Würde nun die Grundpfandklage eine Feststellungsklage sein, so müßte der Urkundenprozeß hinsichtlich der Grund-

1) So Langkeineken, a. a. O., S. 142, S. 272; Hein, a. a. O., S. 155; Crome, a. a. O., S. 755; Siber, a. a. O., S. 143; Endemann, a. a. O., S. 835; Plank, a. a. O., S. 784; Stein, a. a. O., S. 580. S. 581.

2) Hirsch, a. a. O., S. 455, S. 456.

pfandklage zu einem Feststellungsurteil führen. Das ist unmöglich. Der Urkundenprozeß führt niemals zu einem Feststellungsurteil, da in § 592 Z. P. O. ausdrücklich betont ist, daß nur einen Anspruch, welcher eine Zahlung — also nicht Feststellung — zum Gegenstand hat, im Urkundenprozeß geltend gemacht werden kann. Außerdem würden die in § 794, Nr. 5 angeführten Urkunden nur feststellende Bedeutung haben, wenn das Urteil aus der Grundpfandklage ein Feststellungsurteil wäre. Dies würde aber keineswegs dem klaren Gesetzeswillen des § 794, Nr. 5 entsprechen, wonach solche Urkunden ausdrücklich benannte Vollstreckungstitel darstellen[1]). Die Fassung der Pfandklage als Feststellungsklage ist daher unangebracht. Es käme also nur noch die Rechtsgestaltungsklage in Frage.

Die Gestaltungsklagen sind unmittelbar gegen den Staat auf die Erreichung des rechtserzeugenden oder rechtsvernichtenden Richteraktes gerichtet[2]). Sie gehen somit nicht gegen einen privatrechtlichen Verpflichteten. Der Richter hat nur zu prüfen, ob ein Recht auf Rechtsgestalltung gegeben ist. Die Person, gegen die das Urteil geht, heißt Gestaltungsgegner. Eine Rechtsgestaltungsklage ist z. B. die Ehescheidungsklage.

M. E. liegt aber auch bei der Hypotheken- und Grundschuldklage eine Rechtsgestaltungsklage vor. Die Sachlage ist hier nicht anders als im Fahrnispfandrecht. Dort spricht § 1233, II davon, daß der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt hat. Hiermit wird also deutlich ein Vollstreckungsrecht des Klägers anerkannt, während von einer Ver-

1) Hein, a. a. O.
2) Stein, a. a. O., S. 582.

pflichtung des Eigentümers nichts gesagt ist. Dasselbe gilt aber auch für das Grundpfandrecht. Auch hier ist nie von einer Verpflichtung des Eigentümers die Rede. Die Befriedigung geschieht vielmehr nach § 1147 im Wege der Zwangsvollstreckung. Das Urteil, das Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist, spricht auch wie im Fahrnispfandrecht nur ein Vollstreckungsrecht des Eigentümers aus[1]).

Wir stimmen in der „Fassung" des Urteils vollkommen Wolff[2]) bei, der auch eine Rechtsgestaltung hier annimmt, nämlich dahin: „Es wird durch Urteil ausgesprochen, daß der Kläger sich wegen der Summe von 1000.— und der Kosten des Rechtsstreits[3]) aus dem Grundstück befriedigen darf." Der Klagantrag mag etwa dahin lauten: „Der Kläger beantragt, daß die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen der Summe von 1000.— und der Kosten des Rechtsstreits vorgenommen wird." Aehnlich faßt das Urteil auch Eckstein.[4]). Er macht darauf aufmerksam, daß die Klage des Hypothekengläubigers wie die Ehescheidungs- und Erbundwürdigkeitsklage gegen den Richter, nicht gegen den Klaggegner gerichtet sei. Die Klage gehe nur auf Ausfertigung einer Urkunde des Urteils, welche dem Klagenden die zwangsweise Befriedigung ermöglichen solle. Die hypothekarische Klage sei etwa zu richten auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Das Urteil würde lauten, daß der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung stattzugeben sei. Biermann[5]) findet die Ausführungen Ecksteins sehr förderlich, wenn er sich auch nicht ausdrücklich

1) Wolff, a. a. O., S. 453, III, 1 u. Anm. 18.
2) Wolff, a. a. O., S. 490, § 139, I.
3) Betr. Anführung der Kosten s. untenstehende Ausführungen.
4) Eckstein, a. a. O., S. 123.
5) Biermann, a. a. O., S. 510.

als Anhänger der unten zu erörterden Duldungsformel dazu bekennt. Er führt Klagantrag und Urteil, in Anlehnung an Eckstein, folgendermaßen aus. Der Klagantrag lautet: Wegen der näher zu bezeichnenden Hypothek die Zwangsvollstreckung in das betreffende Grundstück für zulässig zu erklären. Das Urteil lautet: Die Zwangsvollstreckung wird für zulässig erklärt.

Der Zweck der Klage besteht darin, die spätere gerichtliche Vollstreckung einzuleiten[1]). Aehnlich wie der Gläubiger auf Grund ausländischen Urteils noch eines Vollstreckungsurteils bedarf (§ 722, Z. P. O.) das auch rechtsgestaltend ist[2]), kann der Grundpfandgläubiger nur dann die Hilfe der Vollstreckungsbeamten in Anspruch nehmen, wenn er ein vollstreckbares Urteil erlangt hat.

Man hat versucht, dies durch eine „Duldungsklage" zum Ausdruck zu bringen. Der Klagantrag soll hier lauten, den Eigentümer zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zu dulden. Diese Formel ist im Rechtsleben am meisten verbreitet[3]).

Böhm behauptet, das Gesetz lasse keinen Zweifel darüber, daß es eine Zahlungspflicht des Eigentümers nicht kenne. Der Eigentümer habe nur zu dulden, daß das Grundstück in Geld umgesetzt und aus dem Erlöse der der Belastung entsprechende Betrag an den Gläubiger bezahlt werde[4]).

---

1) Dümchen, a. a. O., S. 399; Hirsch, a. a. O., S. 455; u. A.
2) Stein, a. a. O., zu § 723 Z. P. O.
3) Ebenfalls von Vertretern der Realobligation befürwortet: Langheineken, a. a. O., S. 772; ferner Dümchen, a. a. O., S. 414, vgl. auch S. 361 ff. Er richtet die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung, weil der Eigentümer nicht in seiner Eigenschaft als Schuldner, sondern als Inhaber des von der Zwangsvollstreckung betroffenen Rechts belangt wird.
4) Böhm, a. a. O., S. 209.

Oberneck weist darauf hin, daß der Klagantrag deutlich die Anstellung der dinglichen Klage erkennen lassen müsse, denn die dingliche Klage unterscheide sich von der persönlichen dadurch, daß der zwischen ihrer Zustellung und dem Urteil ergehende Eigentumswechsel kein Hindernis der Zwangsvollstreckung bilde, und daß das Urteil auch gegen den Sondernachfolger des Eigentümers vollstreckbar sei. (§ 325 Z. P. O.) Darum sei der Antrag dahinzustellen, daß der Eigentümer zur Duldung der Zwangsvollstreckung zu verurteilen sei[1]). Ferner gehe aus dem Gesetz selber die Richtigkeit der Duldungsformel hervor[2]). (§§ 737, 739, 743, 745, II. 748 Z. P. O., § 2213, II B. G. B.).

Gegen die Duldungsformel wendet sich mit Recht eine Reihe von Autoren. Es ist unrichtig, zur Begründung der Duldungspflicht auf Gesetzesbestimmungen hinzuweisen, in denen eine solche Duldungspflicht ausgesprochen ist, ohne näher darauf einzugehen, ob hier analoge Berührungspunkte mit der Grundschuld überhaupt vorliegen[3]). Stellt man aber eine solche Untersuchung an, so wird man finden, daß

1) Oberneck, R. G. R., S. 378, S. 379; ähnlich Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 512; Maenner, a. a. O., S. 444 u. Anm. 53; Staudinger-Kober, a. a. O., Bem. III, 2, S. 799; Planck, a. a. O., S. 600; Biermann, a. a. O., S. 509 ff.; Crome, a. a. O., S. 756; Hellwig, System, S. 259; Dümchen a. a. O., S. 414 ff, läßt daneben auch Feststellungsklage zu. Ebenso Fischer-Schäfer, a. a. O., S. 78. Mehrere Schriftsteller treten für die Duldungsformel ein, sehen aber trotzdem in dem Urteil ein Feststellungsurteil: so v. a. Geib, a. a. O., S. 146 ff.; Lehmann, a. a. O., S. 40.
Zum früheren Recht vergl.: Voss, a. a. O., S. 809 Staub, a. a. O., S. 707 ff; v. Meibom, a. a. O., S 376
2) Oberneck, a. a. O., Biermann, a. a. O., Staudinger-Kober, a. a. O., Crome, a. a. O., Böhm, a. a. O., Lehmann, a. a. O., S. 35 ff; Geib, a. a. O., S. 154 ff; S. 169 ff; Wendt, a. a. O., S. 21.
3) Darüber auch Hein, a. a. O., S. 28.

analoge, d. h. gleichartige Verhältnisse fehlen. In den in dem Gesetze ausdrücklich angeführten Fällen handelt es sich allemal um Zwangsvollstreckung in „fremdes“ Vermögen, so beim Niessbraucher und Ehemann. Der Gläubiger will sich z. B. wegen seiner Forderung gegen die Frau aus dem eingebrachten Gut bei der sogenannten Verwaltungsgemeinschaft befriedigen. Da dem Manne in diesem Güterstande ein Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht an dem Eingebrachten zusteht, so genügt nicht nur ein Urteil gegen die Frau auf Zahlung aus dem Eingebrachten, sondern der Mann muß außerdem zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt werden. (§ 739 Z. P. O.). Hier hat die besondere Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung Sinn, da der Betreffende gar nicht Eigentümer des Vermögensgegenstandes ist, in dem vollstreckt werden soll. Bei der Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung hat das Gesetz also nur dritte, an der Zwangsvollstreckung nur mittelbar beteiligte Personen im Auge, weil diesem gegenüber nicht ohne weiteres das Vollstreckungsurteil gegen den Eigentümer wirkt. Durch ein Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung muß daher noch besonders die Pflicht dieser dritten Personen, die Zwangsvollstreckung zu dulden, ausgesprochen werden. Bei der Zwangsvollstreckung in „eignes“ Vermögen wäre es aber sinnlos, gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu klagen. Hier besteht eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Beklagten, nichts gegen die Vollstreckung zu unternehmen, wenn ein vollstreckbares Urteil vorliegt. Es kann daher von einer privatrechtlichen Pflicht, die Zwangsvollstreckung zu dulden, hierbei gar keine Rede sein. Es ist aber verkehrt, den Klagantrag bei einer Privatklage, anstatt auf eine

privatrechtliche, auf eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu richten[1]).

Es fragt sich alsdann, was alles in die Fassung des Klagsantrags und Urteils hineingehört, ob auch die Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, und die Kosten des Rechtsstreits?

So gut wie allgemein feststehend ist es, daß die Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, nicht einzeln im Klagantrag aufgeführt werden brauchen, da diese in dem Ausdruck „Grundstück„ mit einbegriffen sind[2]). Was aber die Kosten anlangt, so herrscht Streit darüber, ob sie in der Klagsantrags- und Urteilsformel stehen müssen. Dies hängt wiederum ganz von der Frage ab, wem die Kosten auferlegt werden sollen, dem Kläger oder dem Beklagten?

Darüber entscheidet der Standpunkt, den man bei Beurteilung der Rechtsnatur der Hypothek oder Grundschuld einnimmt. Nach der von uns vertretenen Theorie des Verwertungsrechts besteht der Inhalt des Grundpfandrechts als eines dinglichen Rechts in der Verwertung. Der Eigentümer muß sich diese gefallen lassen. Sache des Berechtigten ist es sein Recht zu verwirklichen. Nach § 1147 findet die Befriedigung des Gläubigers nur im Wege der Zwangsvollstrekkung statt. Da diese aber einen Vollstreckungstitel,

1) Sohm, a. a. O., S. 27 ff; Dernburg, a. a. O., S. 787; Geib, a. a. O., S. 140 ff; Wolff, a. a. O., S. 453, Anm. 17; Nissen, Die Grundstückspfandklagen, S. 438; v. Bleichröder, a. a. O., S. 58; Eckstein, a. a. O., S. 120, S. 121. Interessant sind auch die Ausführungen, die Hein a. a. O., S. 57 ff; macht. Hierauf verweist Hellwig, System, S. 261, Anm. 9.

2) Planck, a. a. O., S. 600; u. A.

ein Urteil, voraussetzt, so kann der Berechtigte sein Recht nur durch Klagerhebung, die zu einem Urteil führt, verwirklichen.

Bezüglich der Kosten bestimmt nun § 91 Z. P. O., daß der unterliegende Teil die Kosten zu tragen hat. Nach § 93 Z. P. O. fällt dem Kläger die Kostenlast anheim, wenn der Beklagte, der nicht Veranlassung zur Klage gegeben hat, den Anspruch sofort anerkennt. M. E. hat der beklagte Eigentümer dann keine Veranlassung zur Klage gegeben, wenn er sich passiv verhält, z. B. nicht zahlt. Veranlassung zur Klage hat vielmehr regelmäßig nur der Umstand gegeben, daß der Berechtigte sein Recht ausschließlich in den Formen der Zwangsvollstreckung ausüben kann, letztere aber immer ein auf Grund einer Klage ausgesprochenes Urteil verlangt[1]). Erkennt der beklagte Eigentümer also im Prozeß den Anspruch des Berechtigten sofort an, so würde der Eigentümer nach § 91 Z. P. O. die Kosten nicht zu tragen haben, sondern nur der Berechtigte als Kläger. Damit ist aber § 1118 B. G. B. unvereinbar, der ausdrücklich erklärt, daß das Grundstück des Eigentümers kraft der Hypothek für die aus der Rechtsverfolgung sich ergebenden Kosten haftet. M. E. geht der spezielle Wortlaut des § 1118 B. G. B., der die Kosten aus der Geltendmachung des Pfandrechts besonders regelt, dem § 93 Z. P. O. vor, der nur eine allgemeine Regelung der Kostenlast trifft. Hier gilt der Satz: „lex specialis derogat legi generali." Demnach haftet stets das Grundstück des Eigentümers für die Kosten.

1) Uebereinstimmend: Planck, a. a. O., S. 601. Anders: Fuchs, a. a. O., S. 391; Oberneck, a. a. O., S. 379 ff; Turnau-Förster, a. a. O., S. 702; Willenbücher, a. a. O., S. 148; Biermann, a. a. O., S. 511; Staudinger-Kober, a. a. O., S. 799.

Da aber § 1118 B. G. B. offen läßt, ob auch der Eigentümer persönlich, d. h. auch mit seinem übrigen Vermögen, für die Kosten haftet, so muß man hinsichtlich dieser Frage die einschlägigen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung zu Rate ziehen, wenn diese Auskunft darüber geben. Hier bestimmt § 91, Z. P. O. in Verbindung mit § 93 Z. P. O., daß der beklagte Eigentümer die Kosten persönlich tragen muß, wenn er entweder das Recht des Klägers im Prozeß bestreitet, oder Anlaß zur Klage durch sein widerrechtliches Verhalten gibt. (z. B. durch Gefährdung des Grundstücks nach § 1133 B. G. B.).

Fraglich ist es, ob der Eigentümer auch dann persönlich die Prozeßkosten tragen muß, wenn er vor der Klagerhebung den Anspruch des Berechtigten bestritten hat. M. E. nicht. Denn auch hier hat der Kläger nicht Veranlassung zur Klage gegeben; sein Bestreiten vor der Klagerhebung ist ganz belanglos, denn es zwingt den Berechtigten nicht zur Klage. Veranlassung zur Klage gibt ihm auch hier allein der schon oben erwähnte Umstand, daß er zur Verwirklichung seines Rechts einer Klage bedarf[1]).

Mit Wolff nehme ich daher an, daß die Kosten in den Klagantrag und die Urteilsformel stets hineingehören. Bestreitet der Eigentümer das Recht des Gläubigers oder gibt er zur Klage durch sein widerrechtliches Verhalten Anlaß, so muß er außerdem persönlich zur Zahlung der Kosten verurteilt werden[2]).

Steht man dagegen auf dem Boden der von uns verworfenen Theorie der Realobligation, so gibt der Eigentümer, da er hiernach zur Zahlung verpflichtet

1) Planck, a. a. O., S. 602.

2) Wolff, a. a. O., S. 490, Anm. 8; im Resultate ebenso: Hellwig, Anspruch, S. 361 ff; derselbe, System, S. 755, oben, u. Anm. 14; Dümchen, a. a. O., S. 401 ff.

sein soll, zur Klage Veranlassung, wenn er sich passiv verhält, z. B. nicht zahlt oder vor Fälligkeit des Anspruchs durch Bestreiten desselben kundgibt, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllen will. Nach § 1118 B. G. B. würde er schon mit dem Grundstück für die Kosten haften. Gemäß § 91 Z. P. O. in Verbindung mit § 93 Z. P. O. würde er außerdem stets in die Kosten mit seinem übrigen Vermögen zur verurteilen sein.

Unverständlich ist es, wenn von einem Anhänger der Realobligation behauptet wird, die Nichtausstellung der Duldungsurkunde gebe Anlaß zu der Klage aus dem Schuldverhältnisse[1]). Anlaß zu der Klage kann nach der Theorie der Realobligation allein die Zahlungspflicht des Eigentümers und nicht der Umstand geben, daß der Kläger den Beklagten erfolglos um Ausstellung einer Urkunde gemäß § 794, Nr. 5, Z. P. O. ersucht hat, in der das Vollstreckungsrecht des Klägers auch auf die Kosten ausgedehnt wird. Folgerichtig verfährt auch Hellwig als Vertreter der Theorie der Realobligation nicht, wenn er meint, der Eigentümer habe die Klage nicht veranlaßt[2]).

In der Literatur finden sich noch verschiedene andere Ansichten. Diese Versuche, die Kostenlast zu bestimmen, scheitern aber alle daran, daß die Begründungen entweder die §§ 91 und 93 Z. P. O. oder aber den § 1118 B. G. B. vollkommen übersehen[3]).

---

1) Turnau-Förster, a. a. O, S. 702.

2) Hellwig, Anspruch, S. 361; s. zu der Kostenfrage noch die trefflichen Ausführungen von Hein, a. a. O., S. 269 ff.

3) Darauf verweist mit Recht: Hellwig, System, S. 755, Anm. 15.

II. Teil.

Inwieweit können gegenüber der Klage aus der Grundschuld Einreden aus einem zugrunde liegenden Schuldverhältnis erhoben werden?

A. Die Bereicherungseinrede.

Die Grundschuldbestellung kommt wie jedes dingliche Verfügungsgeschäft über ein Grundstück durch Einigung und Eintragung zustande. Die Einigung ist als sachenrechtliches Rechtsgeschäft abstrakt, d. h. unabhängig von dem Vorhandensein einer zugrunde liegenden Forderung[1]). Ist die Einigung rechtsgültig, weist sie also keine Mängel auf, wie z. B. Geschäftsunfähigkeit des einen Vertragsteils oder Wucher, so bleibt das sachenrechtliche Geschäft vollgültig, einerlei, ob die dem Erfüllungsgeschäft zugrunde liegende Forderung besteht oder nicht. Nun gibt es freilich dingliche Rechtsgeschäfte, die das Vorliegen eines gültigen Kausalverhältnisses begriffsnotwendig erfordern. Zu diesen gehört die Hypothek (§ 1113). Dadurch unterscheidet sich eben die Hypothek von der Grundschuld, daß sie im Gegensatz zur Grundschuld von einer Forderung abhängig ist. Ist die gesicherte Forderung nicht vorhanden, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld (§§ 1163, 1177). Die Grundschuld dagegen besteht auch dann zu Recht, wenn die Forderung, zu deren Sicherung sie dient, nicht zur Entstehung gelangt oder weggefallen ist (§ 1191). Es fragt sich nur, ob nicht bei der Grundschuld der Grundeigentümer einen Rechtsbehelf gegen den Grundschuldgläubiger hat, falls die zugrunde liegende Forderung fehlt?

---

1) Dies h. M. Es erübrigt sich, im Rahmen dieser Abhandlung darauf näher einzugehen.

Wie bei jedem gültigen Verfügungsgeschäft, so auch bei der Grundschuld, hat der durch das Nichtvorliegen des Kausalverhältnisses Geschädigte — hier der Grundeigentümer — einen obligatorischen Anspruch gegen den Bereicherten — hier den Grundschuldgläubiger — auf Herausgabe der Bereicherung (§§ 812 ff). Diesen Anspruch kann der Eigentümer im Klagewege oder durch Einrede im Prozeß gemäß § 821 geltend machen. Die Bereicherungseinrede (gewöhnlich irreführend als Einrede der Arglist bezeichnet) steht dem Eigentümer auch gegenüber einem späteren Erwerber der Grundschuld zu, der die Grundschuld unentgeltlich erworben hat, soweit infolgedessen der bisherige Gläubiger von seiner Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung befreit worden ist (§ 822). Die Beweislast hat nach der herrschenden Beweislastregelung stets der Grundeigentümer hinsichtlich der Tatsachen, auf die sich seine Einrede gründet[1]).

Wir wollen nun dartun, inwieweit die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung dem Grundschuldgläubiger gegenüber Platz greift. Betrachten wir zuerst das Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Grundschuldgläubiger und dem Eigentümer.

Hat der ursprüngliche Grundschuldgläubiger die Grundschuld ohne Vorliegen einer Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt war, erworben, so kann der Eigentümer ihm die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegensetzen, auch wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist. (§ 821) Diese Einrede ist dem Eigentümer aber in gewissen Fällen versagt. So bestimmt § 814, daß der Leistende keinen An-

1) So Dernburg, a. a. O., S. 827.

spruch und somit keine Einrede hat, wenn er gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach. Nach Maßgabe des § 815 kann der Leistende keine Einrede geltend machen, wenn der Eintritt des Erfolgs von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies gewußt hat, oder wenn der Leistende den Eintritt des Erfolgs wider Treu und Glauben verhindert hat. Nach § 817, S. 2 wiederum würde der Eigentümer keine Einrede gegen den Grundschuldgläubiger haben, wenn er selbst durch die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Endlich bestimmt § 818, III, daß die Verpflichtung zur Herausgabe ausgeschossen ist, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. § 819 fügt aber gleich hinzu, daß der Empfänger trotzdem zur Herausgabe verpflichtet ist, wenn er den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang kennt oder ihn später erfährt, ferner, wenn er durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorstößt. Und zwar soll der Empfänger hier zur Herausgabe geradeso verpflichtet sein, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfangs oder der Erlangung der Kenntnis rechtshängig geworden wäre[1]). Damit sind die Vorschriften für das Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Eigentümer erschöpft. Zu erwähnen ist noch, daß ein neuer Eigentümer nur dann die Bereicherungseinrede des bisherigen Eigentümers geltend

1) Hier hat der Empfänger also sofort Sorgfaltspflicht und Zinspflicht. Ferner haftet er für jedes Verschulden und sogar beim Vorliegen von Verzug für Zufall. (§ 292 in Verbindung mit § 990).

machen kann, wenn ihm der bisherige Eigentümer seinen Bereicherungsanspruch abgetreten hat[1]).

Wie steht es nun, wenn die Grundschuld in die Hand eines neuen Gläubigers gerät? Hat auch hier der Eigentümer die Bereicherungseinrede?

Die Rechtsnachfolge kann geschehen durch rechtsgeschäftlichen Erwerb der Grundschuld, d. i. durch Cession, oder durch gesetzlichen Erwerb, insbesondere durch Eintritt der gesetzlichen Erbfolge. Wir wollen zunächst den Fall der gewöhnlichen Rechtsnachfolge, die durch bloßen Abtretungsvertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger oder durch gesetzlichen Erwerb vonstatten geht, ins Auge fassen.

1. Die Bereicherungseinrede gegenüber dem gewöhnlichen Rechtsnachfolger.

Hat A dem B eine Grundschuld bestellt, und wird diese Grundschuld von B an C übertragen, so erlangt C regelmäßig die Rechte seines Vorgängers, d. h. er erwirbt die Grundschuld des B. Es fragt sich nur, ob nicht der Eigentümer eine Einrede gegen ihn vorschützen kann? Beim „entgeltlichen" Erwerb der Grundschuld verhält es sich folgendermaßen.

Das Gesetz hat in § 1157 angeordnet, daß die Einrede[2]), die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden kann. Die Vorschriften der §§ 892, 894 bis

---

1) Ebenso Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 521; Wolff, a. a. O., S. 558, Anm. 10; u. A.

2) Diese sog. Einrede ist keine wahre Einrede-Leistungsverweigerungsrecht, da der Eigentümer zu einer Leistung gar nicht verpflichtet ist. Sie ist vielmehr, wie oben gezeigt, nur ein Recht, der Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen. S. auch Wolff, a. a. O., S. 491.

899, 1140 gelten auch für diese Einrede, d. h. der Erwerber braucht die Einrede nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn ihm die Einrede nicht bekannt ist, diese auch nicht aus dem Grundbuch oder dem Briefe hervorgeht. Als eine Einrede im Sinne des § 1157 ist auch die Bereicherungseinrede anzusehen. Was § 1157 aber für die Hypothek bezüglich der Bereicherungseinrede anordnet, gilt ebenfalls für die Grundschuld. Denn § 1192 sagt ausdrücklich, daß auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung finden sollen, soweit sich nicht daraus ein anderes ergebe, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetze. Letztere Einschränkung will aber nur soviel besagen, daß die Sondervorschriften bei der Hypothek, die nur in Hinsicht auf die Forderung als ein Begriffsmerkmal der Hypothek getroffen sind, auf die Grundschuld nicht angewendet werden sollen. Dies versteht sich eigentlich ganz von selbst, ist aber vom Gesetzgeber, um jedem Irrtum vorzubeugen, noch einmal besonders betont worden. Bei der Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung handelt es sich dagegen um eine Einrede, die allgemein bei jedem dinglichen Rechtsgeschäft, also nicht ausschließlich bei der Hypothek, in Betracht kommt, sobald der Schuldgrund fehlt. Darum findet § 1157 auch auf die Grundschuld Anwendung, wenn beim Nichtvorliegen der Forderung die Bereicherungseinrede gegenüber der Klage aus der Grundschuld geltend gemacht wird[1]).

1) So Staudinger-Kober, a. a. O., S. 834, S. 966; Planck, a. a. O., S. 730; Fuchs, a. a. O., S. 505; Neumann, a. a. O., S. 930; Turnau-Förster, a. a. O., S. 900; Wolff, a. a. O., S. 559; Maenner, a. a. O., S. 367, Anm. 21, Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 521; Oberneck, R. G. R.; S. 469; Dücker, a. a. O., S. 35; neuerdings auch: Kommentar der Reichsgerichtsräte, S. 476.

Beispiel: A bestellt an seinem Grundstück dem B eine Sicherungsgrundschuld, ohne daß eine gültige Forderung vorliegt, für die sie bestellt ist. B überträgt darauf diese Grundschuld an C. Ist C bösgläubig, so wirkt die Bereicherungseinrede, die A gegen B aus § 821 hat, auch gegen den bösgläubigen C. (§ 1157). Ist C dagegen gutgläubig, so kann ihm A nicht die Bereicherungseinrede entgegenhalten, die er gegen B hatte (§ 1157, S. 2). Liegt der Fall aber so, daß die Forderung erst nach der Uebertragung der Grundschuld von B an C untergeht, ohne daß die Forderung mit übertragen ist, so hat der Eigentümer keinerlei Bereicherungseinrede. Um sich aber gegen die Gefahr einer doppelten Zahlung zu schützen, kann der Eigentümer, wenn der Grundschuldgläubiger gegen ihn aus der persönlichen Forderung klagt, die Aushändigung der zur Löschung erforderlichen Urkunden verlangen, bevor er zahlt[1]).

Wir wenden uns jetzt dem „unentgeltlichen" Erwerb der Grundschuld zu.

Nach § 818, III in Verbindung mit § 819 ist der Erstempfänger der Leistung, wenn er in Ansehung des Rechtsgrunds gutgläubig ist, zur Herausgabe nur insoweit verpflichtet, als er noch bereichert ist. Hat er aber unentgeltlich einem Dritten das Erlangte zugewendet, so ist der Dritte bereichert, und § 822 legt deshalb dem Dritten die obligatorische Verpflichtung auf, die Bereicherung herauszugeben, wie wenn er die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte. War der Erstempfänger dagegen bösgläubig, so steht dem Eigentümer nach § 1157 die Bereicherungseinrede, die er gegen den Erstempfänger hatte, auch gegen den Dritterwerber der Grundschuld zu.

1) So mit Recht: Eccius, a. a. O., S. 642 ff.; Wolff, a. a. O., S. 559, Anm. 16.

Beispiel: Hat A an seinem Grundstück dem gutgläubigen B eine Grundschuld ohne Vorliegen eines rechtlichen Grunds bestellt, und überträgt nun B die Grundschuld unentgeltlich an C, so ist C zur Herausgabe der Grundschuld an den Eigentümer verpflichtet (§ 822). Klagt hier der Dritterwerber, der C, so steht dem Eigentümer auf Grund seines obligatorischen Bereicherungsanspruchs eine Bereicherungseinrede gegen diesen zu. War B aber beim Empfang bösgläubig hinsichtlich des Rechtsgrunds, so kann der Eigentümer gegen C nur die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung, die er gegen B hatte, vorschützen. (§ 1157).

Wir kommen nun zur Rechtsnachfolge durch Gesetz. Diese tritt ein insbesondere bei gesetzlicher Erbfolge. Der Eigentümer kann hier aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger keine Bereicherungseinrede dem neuen Gläubiger entgegensetzen, da § 1157 auf den Fall den Rechtsnachfolge durch Gesetz nicht zutrifft.

Beispiel: Erwirbt C durch gesetzlichen Erbgang die von A an seinem Grundstück dem B ohne Rechtsgrund bestellte Grundschuld, so kann A gegen den aus der Grundschuld klagenden C nicht die Bereicherungseinrede geltend machen, die dem A gegen B zustand.

2. Die Bereicherungseinrede bei der Stellvertretung.

Nach § 164 wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Hat also z. B. der Stellvertreter des A an B die Grundschuld des A verkauft, so ist dieser Verkauf vollgültig dem A

gegenüber, geradeso als wenn A die Grundschuld persönlich an B verkauft hätte. Hier kann daher auf das oben zum Rechtsübergang durch Vertrag Gesagte hingewiesen werden, da dies auch hierfür gilt. Etwas Anderes ist es, wenn ein Stellvertreter ohne Vertretungsmacht die Grundschuld überträgt.

Beispiel: A bestellt an seinem Grundstück dem B ohne Rechtsgrund eine Grundschuld. Diese Grundschuld des B überträgt C als Stellvertreter ohne Vertretungsmacht an den D. D wird nicht geschützt, da sich der Vertrauensschutz nur auf das Eigentum erstreckt, nicht aber auf die mangelnde Vertretungsmacht[1]). B hätte hiernach gegen D einen Berichtigungsanspruch aus § 894. Macht D die Grundschuld geltend, so kann ihm der Eigentümer A keine Bereicherungseinrede aus dem persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem B entgegensetzen. D würde vielmehr mit der Klage aus der Grundschuld abzuweisen sein, da ihm die Grundschuld gar nicht zusteht.

3. Die Bereicherungseinrede bei der fiduziarischen Uebertragung.

Die fiduziarische Uebertragung ist nur eine besondere Art der Rechtsnachfolge durch Vertrag. Auch hier erlangt der Rechtsnachfolger nach Aussen hin dieselben Rechte, die sein Vorgänger hatte. Denn die fiduziarische Uebertragung ist eine vollgültige Uebertragung und kein Scheingeschäft, wie bisweilen zu Unrecht angenommen wurde. Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist vielmehr im Gegensatz zum Scheingeschäft von den Parteien ernstlich gewollt. Es ist sozusagen ein Umwegsgeschäft. Jemand veräussert z. B. seine Sache, anstatt sie zu verpfänden, der

1) Wolff, a. a. O., S. 201.

Dritte muß sich ihm gegenüber aber verpflichten, das Zuviel später herauszugeben. Das fiduziarische Geschäft hat eben die Besonderheit, daß hierbei die Parteien eine stärkere Form vereinbart haben, als zur Erreichtung ihrer wirtschaftlichen Zwecke erforderlich ist. Nur im Innenverhältnis bestimmen sich die Rechte des Fiduziars nach dem Inhalt des dem Fiduziarvertrag zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses. Die fiduziarische Uebertragung kommt im Verkehr unter folgenden beiden Formen vor: als Sicherungszession und als Inkassozession[1]).

Beispiel: A bestellt an seinem Grundstück dem B ohne Rechtsgrund eine Grundschuld, die B an C entgeltlich zur Sicherung der Forderung, die C gegen B hat, fiduziarisch weiter überträgt. Ist C gutgläubig hinsichtlich der Einrede, so kann ihm A nicht die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegensetzen, die dem A gegen B zustand; ist dagegen C bösgläubig, so hat A ihm gegenüber die Bereicherungseinrede (§ 1157).

Geschieht die Uebertragung unentgeltlich, so kann A die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung, die er gegen B hatte, auch dem bösgläubigen C gegenüber geltend machen (§ 1157). War aber B in Ansehung des Rechtsgrunds gutgläubig, so hat A nur aus § 822 eine Bereicherungseinrede gegen C.

Ebenso verhält es sich, wenn die Grundschuld zu Inkassozwecken fiduziarisch übertragen wird.

---

1) S. Enneccerus, Allg. Teil, R. 361, u. die dort angeführte Literatur; ders., Recht d. Schuldv., S. 232. Ueber die Abtretung einer Grundschuld zum Zwecke der Sicherung einer Forderung: Schieb, a. a. O., S. 26 ff.

B. Sonstige Einreden aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis sind unzulässig.

Nach § 1192 finden die Vorschriften der Hypothek auch auf die Grundschuld entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Der Eigentümer kann somit bei der Grundschuld sonstige Einreden aus einem zugrunde liegenden Schuldverhältnis nicht herleiten, also auch nicht die Einrede, die der persönliche Schuldner gegen die Forderung hat. (§ 1137—1139). Einreden aus dem dinglichen Rechtsverhältnis und solche auf Grund besonderen Vertrags zwischen Grundschuldbesteller und Gläubiger, wie z. B. eine Stundungseinrede, stehen dem Eigentümer natürlich gegenüber dem Gläubiger zu.

Schluß: Der Unterschied der Grundschuldklage von der Klage bei der Hypothek. (Hierin liegt auch der „praktische„ Unterschied der Hypothek von der Grundschuld).

Am Ausgang unserer Betrachtung wird es von Interesse sein, einmal festzustellen, worin denn eigentlich der Unterschied der Grundschuldklage von der Klage der Hypothek besteht. In der Verschiedenheit der beiden Klagen würde zugleich der „praktische" Unterschied der Hypothek von der Grundschuld liegen. Denn die Befriedigung des Gläubigers geschieht sowohl bei der Hypothek als auch bei der Grundschuld nach § 1147 im Wege, d. h. in den Formen der Zwangsvollstreckung, die stets ein vollstreckbares Urteil und somit eine Klage, die zu einem solchen Urteil führt, voraussetzt. Die Grundschuldklage weicht also in ihrem Wesen nicht von der Hypothekenklage ab[1]). Beide haben die Zahlung

1) Dernburg, a. a. O., 826.

einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück zum Inhalt, und beide zielen auf ein Vollstreckungsurteil ab, das zur Ausübung der Gläubigerrechte erforderlich ist. Der Zweck beider Klagen ist der gleiche, nämlich: Die Einleitung der Zwangsvollstreckung herbeizuführen[1]). Als gemeinsames Merkmal wiederum ist hervorzuheben, daß der Eigentümer gegenüber den Klagen aus Hypothek und Grundschuld stets die Bereicherungseinrede aus § 821 hat, sofern die zugrunde liegende Forderung fehlt. Diese Bereicherungseinrede kann der Eigentümer sogar gegenüber einem Dritterwerber der Grundstücksbelastung geltend machen, falls dieser in Ansehung der Einrede bösgläubig ist. (§§ 1157, 1192).

Nur in Fragen der Beweislast zeigen sich Verschiedenheiten zwischen den Klagen aus der Sicherungshypothek einerseits, der Verkehrshypothek und Grundschuld andererseits[2]).

Bei der Sicherungshypothek muß der Kläger stets das Vorliegen einer Forderung beweisen, da er sich nicht auf die Eintragung im Grundbuch berufen kann (§ 1184). Vermag der Kläger das Vorliegen einer Forderung nicht zu beweisen, so wird er mit seiner Klage abgewiesen.

Bei der Verkehrshypothek dagegen wird nach § 891 das Vorliegen der Hypothek und der miteingetragenen Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt wurde, vermutet. Hier braucht der Kläger somit das Vorhandensein der gesicherten Forderung nicht zu beweisen. Diese Rechtsvermutung kann der Eigentümer aber durch den Beweis entkräften, daß hier eine gültige Forderung überhaupt nicht vorliegt. Ge-

1) Dümchen, a. a. O., S. 399; Hirsch, a. a. O., S. 455.
2) S. hierzu: Oberneck, R. G. R., S. 468; Predari, a. a. S., S. 127.

lingt dem Eigentümer der Beweis, so hat der vermeintliche Hypothekengläubiger mit seiner Klage keinen Erfolg, da die Hypothek nunmehr dem Eigentümer als Grundschuld zusteht. Ebenso fällt bei der Klage aus der Grundschuld jede Beweisführung des Klägers bezüglich des Bestehens der Forderung ganz weg. Auch hier dringt der Gläubiger mit seiner Klage aus der Grundschuld ohne Vorliegen einer gültigen Forderung, für die sie bestellt wurde, nicht durch. Denn der Eigentümer kann hier den Anspruch des Klägers mit der Bereicherungseinrede hinfällig machen.

Wie wir sahen, bestehen also, mit Ausnahme der Abweichung in der Beweislastregelung bei der Sicherungshypothek, keine „praktischen" Unterschiede zwischen Hypothek und Grundschuld. In „theoretischen Hinsicht unterscheidet sich dagegen die Hypothek schärfer von der Grundschuld.

Die Hypothek setzt nach § 1113 begriffsnotwendig eine Forderung voraus, sie ist daher streng akzessorisch. Beim Fehlen der Forderung verwandelt sie sich ohne weiteres in eine Grundschuld (§ 1163). Durch die Vorschrift des § 1138 wird jedoch die akzessorische Natur der Hypothek scheinbar durchbrochen. § 1138 bestimmt nämlich, daß eine Hypothek auch dann gutgläubig erworben werden kann. wenn die Forderung beim Ersteingetragenen fehlt. Diese sogenannte Hypothek beim Dritterwerber ist aber in Wahrheit gar keine Hypothek, sondern eine Grundschuld, trotzdem sie im Grundbuch regelmäßig als Hypothek bezeichnet wird. Schon beim Ersteingetragenen lag tatsächlich wegen Fehlens der Forderung eine Eigentümergrundschuld vor. (§ 1163). Ueberträgt nun der als Hypothekar eingetragene Nichteigentümer diese Eigentümergrundschuld an ei-

nen gutgläubigen Cessionar, so ist diese Cession, dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nach § 1138 wirksam. Aus der Grundschuld des Eigentümers wird infolgedessen in der Hand des neuen Gläubigers eine Fremdgrundschuld[1]).

Im Gegensatz zur Hypothek ist die Grundschuld von einer Forderung unabhängig, also abstrakt, wie aus der Begriffsbestimmung des § 1191 erhellt. Dies schließt aber nicht aus, daß die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt werden kann, was sogar in der Regel der Fall sein wird[2]). Nur ist das Vorliegen der gesicherten Forderung kein Wesensmerkmal der Grundschuld. Ist die Grundschuld als dingliches Rechsgeschäft gültig, so bleibt sie gültig, auch wenn die Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt wurde, nicht besteht. Allerdings würde in letzterem Falle der Eigentümer, wie wir bereits oben sahen, eine Klage bezw. Einrede aus ungerechtfertigter Bereicherung haben. (§§ 812 ff.) Immerhin wäre es möglich, daß die Parteien die Bedingung setzen, die Grundschuld solle nur beim Vorliegen

1) Wolff, a. a. O., S. 485 ff. Anhänger der sog. Akzessorietät der Hypothek sind ferner: Dernburg, a. a. O., S. 484; S. 485; v. Schwind, a. a. O., S. 112, S. 113; Fuchs, a. a. O, S. 377, S. 390; Planck, a. a. O., S. 508; Turnau-Förster, a. a. O., S. 726; Eck-Leonherd, a. a. O., S. 255 ff; Kretzschmar, a. a. O., S. 440. Für eine eingeschränkte Akzessorietät ist; Gierke, a. a. O., S. 843, der die Hypothek als ein begrifflich, aber nicht tatsächlich akzessorisches Recht ansieht. Gegner der Akzessorität sind: Staudinger-Kober, a. a. O., S. 677; Maenner, a. a. O., S. 364; Oberneck, R. G. R. S. 85 ff; Predari, a. a. O., S. 4, S. 118, S. 123; Böhm, a. a. O; S. 151, S. 239; Crome, a. a. O., S. 650 ff; Güthe, a. a. O., S. 1708; Neumann, a. a. O., S. 870 ff; Biermann, a. a. O., S. 433; Rabe, a. a. O., S. 88 ff.

2) Wolff, a. a. O., S. 556.

der gesicherten Forderung Rechtsbestand haben[1]). Solche Bedingungen sind, falls keine ausdrücklichen gesetzlichen Anordnungen entgegenstehen, allgemein zulässig, sowohl bei kausalen Rechtsgeschäften als auch bei abstrakten, wie z. B. der Grundschuld. Diese bedingte Grundschuld weist jedoch eine große Aehnlichkeit mit der Fremdhypothek auf, und es ist daher nicht recht einzusehen, warum die Parteien nicht sogleich eine Fremdhypothek vereinbart haben[2]). In den Wirkungen freilich unterscheidet sich die bedingte Grundschuld von der Fremdhypothek. Liegt bei der bedingten Grundschuld die Forderung nicht vor, so ist die Grundstücksbelastung unwirksam, und und die Nachmänner rücken in die freistehende Rangstelle vor. Anders bei der Fremdhypothek. Letztere verwandelt sich beim Fehlen der Forderung in eine Eigentümergrundschuld (§ 1163, I).

Als natürliche Folge davon, daß die Grundschuld von einer Forderung unabhängig ist, bestimmt weiterhin § 1192, I, daß auf die Grundschuld nur „insoweit" die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung finden sollen, als die Grundschuld keine Forderung voraussetze.

Ein anderer Unterschied der Hypothek von der Grundschuld tritt darin zutage, daß der Eigentümer für sich von vornherein eine Grundschuld bestellen kann (§ 1192, I,). Der Eigentümer vermag aber niemals für sich eine Hypothek zu bestellen, da die Hypotheck eine Forderung voraussetzt. Durch die Vorschrift des § 1196, I soll eben einem Verkehrsbedürfnis abgeholfen werden. Denn mancher Eigen-

1) Wolff, a. a. O., S. 457; Neumann, Die nicht valutierte Grundschuld, S. 154.
2) Nissen, Die nicht valutierte Grundschuld, S. 805. meint diese bedingte Grundschuld sei als (unbedingte) Hypothek anzusehen.

tümer ist bei gutem Wirtschaftsmarkt in der Lage, sein Grundstück noch an zweiter und sogar späterer Rangstelle mit Nutzen zu belasten. Er wird sich dann gerne an erster Stelle eine Grundschuld eintragen lassen, um in ungünstigen Zeiten an der Befriedigung aus dem Grundstück selbst teilzunehmen[1]).

Da die Grundschuld losgelöst von der Forderung ist, so mußte das Gesetz für die Zahlungsart noch besondere Bestimmungen treffen, die bei der Hypothek wegen ihres gesetzlichen Zusammenhangs mit der Forderung nicht erforderlich sind (§§ 1193, 1194). Außerdem darf bei der Grundschuld — anders als bei der Hypothek — die Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt wurde, auch nach Aussen hin nicht in Erscheinung treten; sie darf somit keine Eintragung im Grundbuch, noch bei der Briefgrundschuld im Briefe, finden[2]).

Endlich weicht auch die obligatorische Haftung bei der Hypothek von der bei der Grundschuld ab. Während bei der Hypothek der Grundeigentümer mit seinem Grundstück und zugleich, falls er auch persönlicher Schuldner ist, mit seinem übrigen Vermögen einsteht, haftet bei der Grundschuld der Eigentümer ausschließlich mit dem Werte des Grundstücks, nicht auch mit seinem übrigen Vermögen[3]). Die Grundschuld ist daher die einfachere Kreditform. Sie stellt die Rechtsform für den reinen Grundkredit da[4]).

---

1) Wolff, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die deutschen Lebensgewohnheiten, S. 699.
2) Endemann, a. a. O., S. 885, Anm. 8; Crome, a. a. O., S. 670.
3) Endemann, a. a. O., S. 884.
4) Puntschart, Grundschuldbegriff. In Uebereinstimmung mit Puntschart bezeichnen Dernburg, a. a. O, S. 821, Crome, a. a. O., S. 669 und Endemann, a. a. O., S. 886, die Grundschuld als eine selbständige abstrakte Summenbelastung des Grundstücks.

Es kann zwar durch besonderen Nebenvertrag noch eine persönliche Haftung des Eigentümers bedungen sein; hier würde der Eigentümer auch persönlich auf Grund dieses obligatorischen Vertrags haften[1]).

Der ganze Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld ist jedoch kein schwerwiegender[2]). Das Gesetz sucht vielmehr die Grenzen beider Rechtsinstitute zu verwischen, indem es z. B. anordnet, daß sich die Hypothek beim Fehlen der Forderung ohne weiteres in eine Grundschuld verwandelt (§ 1163, I), ferner daß eine Hypothek in eine Grundschuld umgewandelt werden kann und umgekehrt (§ 1198), sowie, daß eine Hypothek auch ohne Vorliegen einer Forderung gutgläubig erworben werden kann (§ 1138)[3]), endlich, daß die für die Hypothek geltenden Vorschriften entsprechend auf die Grundschuld angewendet werden sollen. (§ 1192, I).

Macht man sich klar, wie gering in der Tat der praktische und theoretische Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld ist, berücksichtigt man zudem, daß die Grundschuld im Wirtschaftsleben nur eine untergeordnete Rolle spielt[4]), so ist man geneigt, de lege ferenda zu behaupten, die Grundschuld könne als überflüssiges Rechtsinstitut aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch gestrichen werden, da ja die Hypothek für den Verkehr voll und ganz genüge. Man wird dabei aber auf Schwierigkeiten stoßen, die sich aus der engen Verknüpfung der Forderung mit der Hypothek ergeben. Was würde z. B. aus einer Hypothek werden, bei der die Forderung nicht zur Entstehung

1) Endemann, a. a. O., S. 885.

2) Darauf macht mit Recht aufmerksam: Endemann, a. a. O., S. 886.

3) In Wirklichkeit liegt hier freilich, wie wir oben zeigten, eine Grundschuld vor.

4) Hierauf verweist u. a.: Wolff, a. a. O., S. 456.

gelangt oder erloschen ist? Auf welche Weise könnte der Eigentümer für sich eine Grundstücksbelastung eintragen lassen? Diese Schwierigkeiten kann der Gesetzgeber aber leicht dadurch beseitigen, daß er nicht mehr so streng wie bisher an der sogenannten Akzessorietät der Hypothek festhält. Er müßte eine Eigentümerhypothek schaffen, die als „wahre" Hypothek neben der Fremdhypothek besteht, dergestalt, daß sie im Gegensatz zur Fremdhypothek von der Forderung ganz absieht.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Kurt Friderichs, evangelischer Konfession, am 8. Dezember 1890 zu Elberfeld als Sohn des verstorbenen Buchdruckereibesitzers Paul Friderichs und dessen Gattin Minnie geb. Pilgram, wiederverehelichte Freifrau v. Fridagh. Ich besuchte die Realgymnasien zu Elberfeld und Wiesbaden. Letzteres verließ ich Ostern 1910 mit dem Zeugnis der Reife. Darauf bezog ich die Universitäten Freiburg i. Br., Berlin und Marburg zum Zwecke des Rechtsstudiums. Bei Ausbruch des Weltkrieges, August 1914, trat ich als Kriegsfreiwilliger in das Heer ein. Im Frontdienst wurde ich zum Leutnant d. Res. bei der Fußartillerie ernannt. Am 3. Mai 1915 bestand ich vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts Cassel die erste juristische Staatsprüfung, worauf meine Ernennung zum Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Cöln erfolgte. Vorliegende Abhandlung entstand Herbst 1915 in Friedrichroda während eines Erholungsaufenthalts nach schwerer, im Felde zugezogener Krankheit. Die juristische Fakultät der Universität Marburg ließ mich auf Grund dieser Arbeit zum Rigorosum zu, das ich vor ihr am 5. Juni 1919 bestand.